§ 1365 BGB
UND SEINE BEDEUTUNG
FÜR DAS GESELLSCHAFTSRECHT

HANS-JÖRG GAEDICKE

MÜNCHEN
1968

§ 1365 BGB

und seine Bedeutung für das Gesellschaftsrecht

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig - Maximilians - Universität
zu München

vorgelegt von

Hans-Jörg Gaedicke

1968

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Referent: Prof. Dr. Herbert Wiedemann

Korreferent: Prof. Dr. jur., Dr. rer. pol. h. c. Rolf Dietz

Tag der mündlichen Prüfung: 28. 2. 1968

Fotodruck: Mikrokopie GmbH, 8 München 22, Bruderstraße 9

Meinen Eltern

in Dankbarkeit

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41545802_0004

Inhaltsverzeichnis

		Seite
Literaturverzeichnis		
Abkürzungsverzeichnis		
Einleitung		
Teil : I	Zur Auslegung des § 1365 BGB und seiner einzelnen Tatbestandsmerkmale	
A.	Allgemeines	27
B.	Der Sinn und Zweck des § 1365 BGB	29
I.	Allgemeines zur Auslegung	29
II.	Der Zweck des § 1365 BGB (und des § 1369 BGB)	33
C.	Die einzelnen Tatbestandsmerkmale des § 1365 BGB	43
I.	Der Verfügungs- und Vermögensbegriff	43
1.	Der Verfügungsbegriff	43
2.	Der Vermögensbegriff	45
II.	Die Verpflichtung zur Verfügung über das Vermögen im ganzen	49
1.	Die gegenständliche Fixierung des Verpflichtungsgeschäfts	49
2.	Das Vermögen im ganzen	5o
3.	Inhalts- oder Gegenstandsbezogenheit des Verpflichtungsgeschäfts? Subjektive und objektive Theorie	55
III.	Die "wirtschaftliche Betrachtungsweise"	66
Teil : II	Die Anwendbarkeit des § 1365 BGB im Gesellschaftsrecht	
A.	Allgemeines	72

B. Die Anwendungsfälle des § 1365 BGB im Gesellschaftsrecht 74

I. Die Einbringung des Vermögens in eine Gesellschaft 75

1. Die Zuordnungsformen des Gesellschaftsvermögens und die Notwendigkeit eines Verfügungsgeschäfts 75

a. Die Einbringung "zu Eigentum" der Gesellschaft 77

b. Die Einbringung "zu wirtschaftlichem Eigentum" der Gesellschaft 79

c. Die Einbringung "zum Gebrauch oder zur Nutzung" der Gesellschaft 83

2. Die Einbringung des gesamten Vermögens 85

3. Die Einlageverpflichtung 89

a. Die gegenständliche Fixierung der Einlageverpflichtung 89

b. Die Beteiligten des Verpflichtungsgeschäfts 91

c. Der Zeitpunkt der Begründung der Einlageverpflichtung 96

4. Die "wirtschaftliche Betrachtungsweise" bei der Einbringung des Vermögens in eine Gesellschaft 98

a. Die Einbringung des Vermögens in eine Kapitalgesellschaft 99

b. Die Einbringung des Vermögens in eine Personengesellschaft 1o1

aa. Die Gesamthandsgemeinschaft 1o6

bb. Die Bruchteilsgemeinschaft 111

Anhang: Die unterschiedliche Interessenlage bei § 1365 und § 419 BGB 113

c. Besonderheiten der Geldeinlage? 115

II. Gesamtvermögensgeschäfte über die Mitgliedschaft 117
1. Zustimmungsfreie Rechtsgeschäfte über die Mitgliedschaft 118
a. Rechtsgeschäfte über die personenrechtliche Seite der Mitgliedschaft 118
b. Wirksames, aber nicht konsentiertes Verpflichtungsgeschäft 121
c. Generelle Einwilligung in Gesamtvermögensgeschäfte 125
2. Der mögliche Gegenstand eines Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfts über die vermögensrechtliche Seite der Mitgliedschaft 127
a. Der Inhalt des Geschäftsanteils 127
b. Verfügungen über die Vermögensstammrechte und Verfügungen über die Vermögensansprüche 131
3. Der wirtschaftliche Wert der Beteiligung 134
4. Einzelne Verfügungsgeschäfte über den Gesellschaftsanteil 137
a. Die Neuaufnahme eines Personengesellschafters 138
b. Gesellschaftsvertragliche Änderungen der Liquidations- und Abfindungsregelung 14o
c. Vereinbarungen über die Dauer und die Fortsetzung der Gesellschaft 144
d. Tatbestände der Beendigung der Gesellschaft oder Mitgliedschaft (Veräusserung der Mitgliedschaft; Kündigung der Gesellschaft oder Mitgliedschaft und Auflösungsbeschluss; Preisgabe und Zustimmung zur Einziehung des Geschäftsanteils) 147

aa. Die Erfüllung des Verfügungsbegriffs 149
bb. Das Fehlen einer zugrundeliegenden Verpflichtung 153
cc. Besonderheiten der gesellschaftsrechtlichen Auflösungstatbestände 158
dd. Die"wirtschaftliche Betrachtungsweise" bei der Auflösung der Gesellschaft oder Mitgliedschaft 162
Anhang: Die Auflösungsklage 163

T e i l : III
Die Heilung und Behandlung unwirksamer Gesamtvermögensgeschäfte im Gesellschaftsrecht 169

I. Die Heilung unwirksamer Gesamtvermögensgeschäfte für die Vergangenheit 17o
Anhang: Die Prüfungspflicht des Registergerichts 173

II. Die Behandlung unwirksamer Gesamtvermögensgeschäfte im Gesellschaftsrecht 175
1. Die generelle Regelung 176
2. Das Aussenverhältnis 179
3. Das Innenverhältnis 184
a. Das Innenverhältnis bei der eingetragenen Kapitalgesellschaft 184
b. Das Innenverhältnis bei der Personen- und der noch nicht eingetragenen Kapitalgesellschaft 190

Lebenslauf

L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s

Auweder	Gleichberechtigung und Handelsregister, RPfl 1960/35 ff
Bachof, Otto	Schlusswort, JZ 1963/697 ff
Bade	Auswirkungen des Gleichberechtigungsgesetzes (§§ 1365,1369) für die Übergangszeit und bei Änderung des Personenstandes zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft, NJW 1958/1957 ff
Bartholomeyczik, Horst	Die Kunst der Gesetzesauslegung, Frankfurt a.M. 1951
Bärmann, Johannes	Das neue Ehegüterrecht, AcP 157. Bd., S. 145 ff
Baumbach-Hueck	GmbH-Gesetz, 12. Auflage, München und Berlin 1966
Baumbach-Hueck	Aktiengesetz, 12. Auflage, München und Berlin 1965
Baumbach-Duden	Handelsgesetzbuch mit Nebengesetzen ohne Seerecht, 17.,neubearbeitete Auflage, München und Berlin 1966
Baumbach-Lauterbach	Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen, 28. Auflage, München und Berlin 1965
Beitzke, Günther	Familienrecht, 12. Auflage, München und Berlin 1964
	Gesellschaftsvertrag und güterrechtliche Verfügungsbeschränkung, DB 1961/21 ff

Bender	Zur Methode der Rechtsfindung bei der Auslegung und Fortbildung gesetzten Rechts, JZ 1957/593 ff
Blomeyer, Arwed	Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1963
Boehmer, Gustav	Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung, 1. Buch, Tübingen 1950
	Einige Fragen zu der sog. Vinkulierung des Hausrats in § 1369 BGB n.F., FamRZ 1959/1 ff
	Ergänzende Bemerkung zu der sog. Vinkulierung des Hausrats in § 1369 BGB n.F.,FamRZ 1959/81 ff
Boesebeck, Ernst	Gefährdung von Gesellschaftsverträgen durch Zugewinngemeinschaft, DB 1958/1147 ff
Bosch, Friedrich Wilhelm	Das neue Ehevermögensrecht, insbesondere das Ehegüterrecht - Grundlinien und Hauptprobleme- , FamRZ 1958/289 ff
Brodmann, Erich	Gesetz,betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 2. Auflage, Berlin und Leipzig 1930
	Aktienrecht, Berlin und Leipzig 1928
Buchwald	Das Anfangsvermögen nach dem Gleichberechtigungsgesetz, BB 1958/493 ff
Dittmann, Ottmar	Die Anwendung des § 1365 BGB bei Beendigung des gesetzlichen Güterstandes, DNotZ 1963/707 ff

Dölle, Hans	Familienrecht, Bd.I,Karlsruhe 1964
Düringer-Hachenburg	Handelsgesetzbuch,II.Bd.,2.Hälfte, 3. Auflage, erläutert von Flechtheim,Mannheim-Berlin-Leipzig 1932
Eckelt, Ernst	Vermögensanteil und Kapitalanteil, NJW 1954/19o5 ff
Eiselt, Gerhard	Die Bedeutung des §1365 BGB für Gesellschaftsverträge, JZ 196o/562ff
Enneccerus-Nipperdey	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, erster und zweiter Halbband, 15. Auflage, Tübingen 1959 und 196o
Enneccerus-Lehmann	Recht der Schuldverhältnisse, 15. Auflage, Tübingen 1958
Engländer, Konrad	Die regelmässige Rechtsgemeinschaft, Teil:I Grundlegung, Berlin 1914
Eppig, Brigitte	Verwaltungsbeschränkungen und Verkehrsschutz bei der Zugewinngemeinschaft, Dissertation,München 1959
Erman, Walter	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1.und 2.Bd., 3. Auflage, Münster 1962, bearbeitet von Bartholomeyczik, Westermann u.a.
	Personalgesellschaften auf mangelhafter Vertragsgrundlage, Münster 1947
Falck, Bernhard	Das Geld und seine Sonderstellung im Sachenrecht, Stuttgart 196o
Fikentscher,Wolfgang	Scheinvollmacht und Vertreterbegriff, AcP 154. Bd., S. 1 ff

Finke, Franz Josef	Erläuterungen zum Gleichberechtigungsgesetz, MDR 1957/514 ff
Fischer, Robert	Fragen aus dem Recht der GmbH, JZ 1954/426 ff Die faktische Gesellschaft, NJW 1955/849 ff Grenzen für die Anerkennung der faktischen Gesellschaft, NJW 1958/969 ff Kollision zwischen Gesellschaftsrecht und ehelichem Güterrecht, NJW 1960/937 ff
Fischer, H. A.	Subjekt und Vermögen, Sonderdruck aus "Festschrift für E. Rosenthal", Jena 1923
Flume, Werner	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 2. Bd., Das Rechtsgeschäft, Berlin-Heidelberg-New York 1965
Frank, Adolf	Kein Gutglaubensschutz nach dem Gleichberechtigungsgesetz ? NJW 1959/135 ff
Gadow-Heinichen	Grosskommentar Aktiengesetz, 1. und 2. Bd., 2. Auflage, Berlin 1961 und 1965, bearbeitet von Barz, Fischer, Schilling u.a.
Gernhuber, Joachim	Lehrbuch des Familienrechts, München und Berlin 1964
	Das eheliche Vermögensrecht und die Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft, FamRZ 1959/465 ff

v. Gierke , Julius	Handelsrecht und Schiffahrtsrecht, 8. Auflage, Berlin 1958
Glum, Christine	Die Einschränkung der Verwaltungsfreiheit der Ehegatten im Güterstand der Zugewinngemeinschaft, Dissertation, Erlangen 1961
v. Godin-Wilhelmi	Aktiengesetz, Bd. 1 und 2, 3. Auflage, Berlin 1967
Hachenburg	Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 1. und 2. Bd., 6.Auflage, Berlin 1956 und 1959, bearbeitet von Schmidt, Schilling u.a.
Haegele, Karl	Die Verpflichtungs- und Verfügungsbeschränkungen bei Zugewinngemeinschaft im Grundstücksverkehr, RPfl 1959/4 ff; 242 ff
	Neues um § 1365 BGB im Bereich des Grundstücksrechts,RPfl 1960/271 ff
	Sechs Jahre Zugewinngemeinschaft, FamRZ 1964/594 ff
	Gesellschaft mit beschränkter Haftung und Verfügungsbeschränkungen der Zugewinngemeinschaft, GmbH Rdschau 1965/187 ff
	Weitere zwei Jahre Zugewinngemeinschaft, RPfl 1966/232 ff
Harms, Wolfgang	Die Sicherstellung des gefährdeten Zugewinnausgleichs, FamRZ 1966/585 ff
Hartung, Wolfgang	Verfügungsbeschränkung bei ehelichem Hausrat, Köln 1962

Haupt, Günter	Gesellschaftsrecht, 2. Auflage, Tübingen 1942
Heinsheimer, Rudolf	Über die Teilhaberschaft, Heidelberg 193o
Hueck, Alfred	Gesellschaftsrecht, 9. Auflage, München und Berlin 1959
	Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, 3. Auflage, Berlin 1964
	Die Übertragung von Geschäftsanteilen, ZHR Bd. 83 S. 1 ff
	Mängel des Gesellschaftsvertrages bei der offenen Handelsgesellschaft, AcP 149. Bd., S. 1 ff
Jesch, Dietrich	Auslegung gegen den Wortlaut und Verordnungsgebung contra legem ? JZ 1963/241 ff
Kastrup, Dieter	Die Verpflichtungs- und Verfügungsbeschränkungen der Zugewinngemeinschaft,Dissertation, Köln 1961
Kemper, Karl	Die Verwaltungsbeschränkungen der Ehegatten im gesetzlichen Güterstand der Zugewinngemeinschaft (§§ 1365 - 1369 BGB n.F.), Dissertation, Bonn 1962
Kisch, Wilhelm	Private und öffentliche Belange in der bürgerlichen Rechtspflege, DR 1936/8 ff
Knur, Alexander	Zugewinngemeinschaft, Ehevertrag und Verfügung von Todeswegen, DNotZ 1957/451 ff

Koeninger, Hans	Der Schutz der Familie in der Zugewinngemeinschaft, DRiZ 1959/372ff
Krüger-Breetzke-Nowak	Gleichberechtigungsgesetz, München und Berlin 1958
Küttner	Die Beschränkung und Entziehung der Verfügungsmacht im BGB, Görlitz 1936
Lange, Herrmann	Ehevertrag und Güterrechtsregister, FamRZ 1964/546 ff
Laue, Werner	Vermögen im Sinne des § 419 BGB, AcP 14o. Bd., S. 64 ff
Lauhoff, Erich	Die Verfügungsbeschränkungen der Ehegatten in der Zugewinngemeinschaft gemäss §§ 1365-1369 BGB, Dissertation, Münster 1962
Larenz, Karl	Lehrbuch des Schuldrechts, I. Bd., Allgemeiner Teil, 7. Auflage, München und Berlin 1964 II. Bd., Besonderer Teil, 8. Auflage, München und Berlin 1967 Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin-Göttingen-Heidelberg 196o
Lehmann, Heinrich	Gesellschaftsrecht, 2. Auflage, Berlin und Frankfurt 1959 Faktische Vertragsverhältnisse, NJW 1958/1 ff
Lehmann/Hübner	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 15. Auflage, Berlin 1966
Lehmann/Henrich	Deutsches Familienrecht, 4. Auflage, Berlin 1967

Lent-Jauernig	Zivilprozessrecht, Ein Studienbuch, 1o. Auflage, München und Berlin 1961
Lobedanz, Gerhard	Der Einfluss von Willensmängeln auf Gründungs- und Beitrittsgeschäfte, Berlin 1938
Lorenz, Werner	Die Verfügungsbeschränkungen im Rahmen der Zugewinngemeinschaft, JZ 1959/1o5 ff
v. Lübtow	Miete und Leihe fremder Möbel, AcP 15o. Bd., S. 252 ff
Massfeller, Franz	Das Güterrecht des Gleichberechtigungsgesetzes, in Schriftenreihe "Der Betrieb", Düsseldorf 1958
Massfeller-Reinicke	Das Gleichberechtigungsgesetz, Köln-Berlin 1958
Merdsche, Fritz	Anmerkung zu einer Entscheidung, NJW 1958/1729 ff
Meyer-Stolte, Klaus	Anmerkung zu einer Entscheidung, FamRZ 1961/363 ff
Mülke, Horst	Die Verwaltungsbeschränkung des § 1365 Abs. 1 BGB, Dissertation, Münster 1962
	Zur Verwaltungsbeschränkung des § 1365 Abs. 1 BGB, AcP 161. Bd., S. 129 ff
Müller-Freienfels, Wolfram	Kernfragen des Gleichberechtigungsgesetzes, JZ 1957/685 ff
Nikisch, Arthur	Zivilprozessrecht, 2. Auflage, Tübingen 1952

Obermüller, Walter	Drei Jahre Gleichberechtigungsgesetz, BB 1961/649 ff
Ollig, Gerhard	Die Auslegung des § 1365 Abs.1 BGB und sein Einfluss auf das Gesellschaftsrecht, Dissertation, Frankfurt a.M. 1964
Palandt	Bürgerliches Gesetzbuch, 26. Auflage, München und Berlin 1967, bearbeitet von Danckelmann, Lauterbach u.a.
Petermann, Gerhard	Die Vinkulierung des Hausrats bei der Zugewinngemeinschaft, RPfl 1960/233 ff
Raape, Leo	Das gesetzliche Veräusserungsverbot des Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1908
van Randenborgh, Wolfgang	Das negative Kapitalkonto bei der Personalgesellschaft, DNotZ 1959/373 ff
Reichsgerichtsrätekommentar	Das Bürgerliche Gesetzbuch, I. Bd., 1. Teil, 11. Auflage, Berlin 1959, bearbeitet von Krüger-Nieland u.a. IV. Bd., 1. Teil, 10./11. Auflage, Berlin 1960, bearbeitet von Scheffler, Koeninger
	Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2. Bd., 2. Auflage, Berlin 1950, bearbeitet von Weipert
Reinicke, Dietrich	Zum neuen ehelichen Güterrecht, NJW 1957/889 ff
	Verwaltungsbeschränkungen im Güterstand der Zugewinngemeinschaft, BB 1957/564 ff

Reinicke, Dietrich	Anmerkung zu einem Urteil, DNotZ 1957/5o5 ff
	Verwaltungsbeschränkungen im Güterstand der Zugewinngemeinschaft und Gesellschaftsrecht, BB 196o/1oo2 ff
Riedel, Erwin	Vermögens- und Verfügungsinhalt zu §§ 419, 1365 BGB im Grundstücksverkehr, RPfl 1961/261 ff
	Der Familienschutz in der Zugewinngemeinschaft, DRiZ 1963/182 ff
Rittner, Fritz	Handelsrecht und Zugewinngemeinschaft (I): Die Bedeutung des § 1365 BGB im Handelsrecht, FamRZ 1961/1 ff
	Deutscher Notartag 1961, S. 136 ff
Rosenberg, Leo	Ein Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 9. Auflage, München und Berlin 1961
Schlegelberger, Franz	Handelsgesetzbuch, 4. Auflage, 2. Bd., Berlin und Frankfurt a.M. 1963, erläutert von Gessler, Hefermehl u.a.
Scholz, Franz	Kommentar zum GmbH-Gesetz, 4.Auflage, Köln-Marienburg 196o
Schreier, Fritz	Die Interpretation der Gesetze und Rechtsgeschäfte, 1927
Schulin, Paul	Das Gleichberechtigungsgesetz und der Prozessrichter, DRiZ 1959/76 ff
Schumann, Hans	Handelsrecht,Bd.I, Wiesbaden 1953

Schulz-Kersting, Willibald	Die Auswirkungen des Gleichberechtigungsgesetzes auf den Grundbuchverkehr, JR 1959/81 ff; 134 ff
Sichtermann	Verfügungen über das Vermögen im ganzen nach § 1365 BGB, DB 1959/163 ff
Siebel	Erschwerte Kündigung bei der OHG und KG, DNotZ 1954/71 ff
Siebert, Wolfgang	Die "faktische" Gesellschaft, Festschrift für Justus Wilhelm Hedemann, Jena 1938, S. 266 ff
	Gesellschaftsvertrag und Erbrecht bei der offenen Handelsgesellschaft, Karlsruhe 1954
	Die Methode der Gesetzesauslegung, Heidelberg 1958
Simon	Gesellschaftsrechtliche Bindung auf Lebenszeit ? DB 1961/1679 ff
Soepel, Heinz	Die Anfechtung von Beitrittserklärungen zu handelsrechtlichen Korporationen, 1937
Soergel-Siebert	Bürgerliches Gesetzbuch, II. Bd., Einzelne Schuldverhältnisse, 9. Auflage, Stuttgart 1962, bearbeitet von Schultze-v.Lasaulx u.a. IV. Bd., Familienrecht, 9. Auflage, Stuttgart 1963, bearbeitet von Vogel u.a.
Staudenmaier,Herbert	Testamentsvollstrecker und § 1365 BGB, RPfl 1960/385 ff

v. Staudinger, Julius	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Schuldrecht Bd.II, Teil 3 a, erläutert von Karl Geiler, 1942
	Bd. IV, Teil 2, 1o./11. Auflage, 4o. Lieferung, Berlin 1965, bearbeitet von Felgenträger
Stein-Jonas-Schönke-Pohle	Kommentar zur Zivilprozessordnung, Erster Band, 18. Auflage, Tübingen 1956
Stern, Klaus	Interpretation - eine existentielle Aufgabe der Jurisprudenz, NJW 1958/695
Teichmann-Kohler	Aktiengesetz, 3. Auflage, Heidelberg 195o
Tiedau, Erwin	Zum neuen ehelichen Güterrecht, insbesondere zu den Beschränkungen des § 1365 BGB, MDR 1959/79 ff
	Gesellschaftsvertrag und neues eheliches Güterrecht unter besonderer Berücksichtigung gesellschaftsrechtlicher Abfindungsklauseln, MDR 1959/253 ff
	Zur Problematik des § 1365 BGB unter besonderer Berücksichtigung des Gesellschaftsrechts, MDR 1961/721 ff
	Gesellschaftsrechtliche und erbrechtliche Probleme der Zugewinngemeinschaft, Deutscher Notartag 1961 S. 97 ff

Tilkorn, Klaus	Zugewinngemeinschaft und Gesellschaftsrecht, Dissertation, Münster 1965
v. Thur, Andreas	Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, I. und II. Bd. (1. und 2. Hälfte), 1910 und 1914/1918, unveränderter Nachdruck Berlin 1957
Tubessing, Günter	Zur Auswirkung der Zugewinngemeinschaft auf die Gesellschaftsverträge von Personengesellschaften, BB 1966/829 ff
Weimar, Wilhelm	Anmerkung zu einer Entscheidung, NJW 1960/2002 ff
Wiedemann, Herbert	Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaften bei Handelsgesellschaften, München und Berlin 1965
Wieland, Karl	Handelsrecht, 1. und 2. Bd., München, Leipzig 1921 und 1931
Wörbelauer, Herbert	Zum Begriff der Verfügung über das Vermögen im ganzen, NJW 1960/795 ff
Würdinger, Hans	Aktienrecht. Eine systematische Darstellung, Karlsruhe 1959
	Gesellschaften: 1. Teil: Recht der Personengesellschaften, Hamburg 1957

A b k ü r z u n g s v e r z e i c h n i s

A.A., a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Orte
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a.F.	alter Fassung
Anm.	Anmerkung
AktG	Aktiengesetz
AktR	Aktienrecht
Art.	Artikel
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BB	Der Betriebsberater
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
DB	Der Betrieb
Diss.	Dissertation
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DR	Deutsches Recht
ders.	derselbe
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
Einl.	Einleitung
ff	fortfolgende

FamR.	Familienrecht
FamRZ	Ehe und Familie in privatem und öffentlichem Recht
FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
Fsnte	Fussnote
GG	Grundgesetz
GmbHG	Gesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GleichbG	Gleichberechtigungsgesetz
GmbHRdschau	GmbH-Rundschau
Gruchot	Gruchot, Beiträge zur Erläuterung der Deutschen Rechte
Hlbd.	Halbband
HGB	Handelsgesetzbuch
h.H.	herrschende Meinung
i.S.	im Sinne
JR	Juristische Rundschau
JZ	Juristenzeitung
KG	Kommanditgesellschaft
KGJ	Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts
Komm.	Kommentar
LM	Lindermaier-Möhring, Das Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
m.E.	mit Einschränkungen

n.F.	neuer Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
Rdnr.	Randnummer
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RGRKomm.	Reichsgerichtsrätekommentar
RPfl	Der Deutsche Rechtspfleger
S.	Seite
Übers.	Übersicht
vergl.	vergleiche
Vorb.	Vorbemerkung
ZHR	Zentralblatt für Handelsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung

E i n l e i t u n g

Angesichts der Tatsache, dass die im Rahmen des gesetzlichen Güterstandes der Zugewinngemeinschaft angeordneten Verpflichtungs- und Verfügungsbeschränkungen der §§ 1365, 1369 BGB bis zum heutigen Tage eine vom Gesetzgeber sicherlich nicht vorhergesehene Bedeutung erlangt haben, ist es auffallend, dass bislang nur wenige Entscheidungen unserer Gerichte vorliegen, die zu dem konkret hier gewählten Thema Stellung nehmen. Daraus den Schluss ziehen zu wollen, die Frage nach der Anwendbarkeit des § 1365 BGB im Gesellschaftsrecht müsse eindeutig in dem einen oder anderen Sinne zu beantworten sein und könne zu Zweifeln kaum Anlass geben, wäre jedoch voreilig, wie allein ein kurzer Blick in die vielen Abhandlungen zeigt, mit denen sich die Lehre um eine Aufdeckung und Klärung der hier zu erwartenden Probleme bemüht hat.

Die unterschiedliche Bedeutung, die unser Thema bislang in Rechtsprechung und Literatur erlangt hat, lässt sich nur mit dem geringen Interesse erklären, das die Öffentlichkeit dem neuen gesetzlichen Güterrecht entgegengebracht hat und wie man es allerortens feststellen kann: nur in sehr seltenen Fällen sind sich Eheleute über die zwischen ihnen bestehenden güterrechtlichen Beziehungen auch nur in ihren Grundzügen im klaren, von der genaueren Ausgestaltung ganz zu schweigen. So wird es denn auch verständlich, dass die Mehrzahl der zu § 1365 BGB ergangenen Entscheidungen die Einschlägigkeit der Norm im Grundstücksrecht behandeln; durch die hier in weit grösserem Umfang als im Gesellschaftsrecht bestimmte Beurkundungs- und Eintragungspflicht rechtsgeschäftlicher Vorgänge wird von rechtskundigen Personen das Eingreifen

der Norm aufgedeckt.

Die Auseinandersetzung mit den Problemen der Anwendbarkeit des § 1365 BGB im Gesellschaftsrecht wird den Gerichten nicht für alle Zukunft erspart bleiben. Eine Beantwortung der anstehenden Fragen soll hier versucht werden.

T e i l : I

Zur Auslegung des § 1365 BGB und seiner einzelnen Tatbestandsmerkmale

A. Allgemeines:

Die heftige Diskussion, die die Vorschrift des § 1365 BGB bereits vor ihrem Inkrafttreten und in den ersten Jahren danach ausgelöst hat, ist heute weitgehend verstummt. Der Grund hierfür ist nicht allein darin zu suchen, dass man die Auslegungsschwierigkeiten, die die gesetzestechnisch zweifellos verunglückte Norm mitsichbringt, gemeistert hätte,oder darin, dass unsere oberen Gerichte zu vielen mit dieser Vorschrift verbundenen Zweifelsfragen Stellung genommen und damit eine für die Praxis mehr oder minder verbindliche Auslegung geschaffen hätten; vielmehr ist das Verstummen der Diskussion auch in einer gewissen Resignation zu finden, unter konsequenter Anwendung anerkannter Interpretationsregeln alle mit § 1365 BGB verbundenen Einzelprobleme in befriedigender Weise zu lösen (1).

Wenn zwar auch gesagt werden kann, dass die Auslegung der wesentlichen Tatbestandsmerkmale der Vorschrift im Ergebnis bereits weitgehend eine herrschende Meinung gefunden hat, so muss jedoch die Begründung und rechtsdogmatische Untermauerung zuweilen befremden: ein und derselbe Autor bekennt sich bald zu der und bald zu jener Auslegungsmethode, um sie sodann alle gänzlich zu verlassen und nach

---

(1) Vergl. Gernhuber, Familienrecht, § 35 II 1, S. 322.

blossen Zweckmässigkeitserwägungen und den Bedürfnissen des Einzelfalls zu entscheiden.

Eine sinnvolle Interpretation der Norm und ihrer einzelnen Tatbestandsmerkmale unter Anwendung der herkömmlichen Auslegungskriterien scheint jedoch nicht ausgeschlossen.

B. Der Sinn und Zweck des § 1365 BGB

I. Allgemeines zur Auslegung

Das Recht als Hüter des menschlichen Zusammenlebens hat die Aufgabe, Interessengegensätze, sei es materieller oder ideeller, individueller oder sozialer, privater oder öffentlicher Art in verbindlicher Weise zu ordnen, zu schlichten und zu überbrücken. Wie ein durch bereits bestehende Gesetze in gerechter Weise nicht zu lösender Interessenkonflikt zum Tätigwerden der gesetzgebenden Organe zwingt, so erfordert jede Rechtsanwendung vor der eigentlichen Subsumtion eines geklärten Sachverhalts unter eine vorgegebene Norm, die gedankliche Vorstellung der der Vorschrift zugrundeliegenden Macht- und Interessenlage, ihrer wertmässigen Beurteilung und der sie tragenden Ideen und Zielsetzungen, wie sie der Lösung des Gesetzgebers in Form des Rechtssatzes zugrundeliegen; kurzum: der Rechtsanwendung hat eine Hervorhebung und Klarstellung des Gesetzeszwecks voranzugehen, um so dem eigentlichen Gesetzessinn ,dem Ziel der Auslegung nahezukommen (1).
Ist die Notwendigkeit dieser vorrangigen Interessen- und Zweckforschung auch seit langem allgemein anerkannt, so besteht jedoch bis auf den heutigen Tag Streit darüber, wo mit den Fragen nach dem Zweck der Norm einzusetzen ist. Ist der Wille des Gesetzgebers zu erforschen und sodann zu untersuchen, ob dieser im Gesetz selbst einen wenn auch nur unvollkommenen Ausdruck gefunden hat

---

(1) Vergl. Lehmann, Allg. T. d. BGB, § 8 II, S. 58 ff; Larenz, Methodenlehre, S. 234; Enneccerus-Nipperdey, 1. Bd., 1. Halb-Bd., § 54, S. 324; Bender, JZ 1957/593 ff, 593; Stern, NJW 1958/695; Bachof, JZ 1963/697 ff, 698.

oder gilt es den normativen Gesetzeszweck zu erkennen, wie er sich aus der Vorschrift selbst ergibt? (1).

Die praktische Bedeutung, die diesem Streit zukommt, ist heute nicht mehr die gleiche wie einst; denn vorherrschend ist nun die Erkenntnis, dass keine der beiden Auslegungstheorien in reiner Form allen Erfordernissen gerecht wird, die an eine lebendige Rechtsanwendung - und zu ihr gehört bereits der Vorgang der Auslegung - zu stellen sind (2). Beide Interpretationsmethoden sind gezwungen, sich in ihren Grundgedanken entgegenzukommen, wie allein daraus erhellt, dass der Zweck eines Gesetzes, dieses als Willensäusserung des Gesetzgebers begriffen, ebenso durch den Willen seines Schöpfers wie durch die Norm-gewordene-Äusserung selbst bestimmt ist (3).
Alle Unterschiede zwischen objektiver und subjektiver Theorie werden aber durch die Zugeständnisse, die beide Auslegungsmethoden aneinander machen, nicht restlos überbrückt. Das wird besonders deutlich für den Fall, dass die Auslegung des Gesetzes aus sich selbst heraus zu einem eindeutigen und durchaus sinnvollen Ergebnis führt, es sich aber feststellen lässt, dass der gesetzgeberische

---

(1) So einerseits die wohl überwiegende subjektive Theorie, allerdings bereits unter Zugeständnissen an die objektive, als sie nicht allein den historischen Willen des Gesetzgebers, ohne Rücksicht auf den Wortlaut der Norm, für verbindlich erklärt, sog. Andeutungstheorie; so andererseits die objektive Auslegungstheorie. Zum Stand der Meinungen vergl. Bender, JZ 1957/593 ff.
(2) Larenz, a.a.O., S. 239; Lehmann, a.a.O., S.61 ; Bartholomeyczik, Die Kunst der Gesetzesauslegung, 1951, S.46; Schreier, Die Interpretation der Gesetze und Rechtsgeschäfte, 1927, S. 55 ff; 66 ff; Flume, 2. Bd., § 16 1c, S. 293 ff; v. Thur, Bd. I, S. 37 ff,39;
(3) Zu den Zugeständnissen, die beide Methoden aneinander machen müssen vergl. die zu (1) angegebenen Fundstellen.

Wille hiervon abweicht, sei es, dass er über den ermittelten Zweck der Vorschrift hinausgeht, sei es, dass er hinter ihm zurückbleibt. Während es die objektive Theorie für diesen Fall bei dem gefundenen normativen Gesetzeszweck belässt, weil für sie der Auslegungsvorgang bereits seinen Abschluss gefunden hat (1), muss die subjektive Theorie dem historischen Willen den Vorrang einräumen, wenn er im Gesetzeswortlaut, wenn auch nur andeutungsweise, objektiviert wurde (2).

Die Entscheidung dieses Streitfalls hängt letzlich davon ab, wie man die Frage nach der Rangordnung der einzelnen Auslegungskriterien beantworten will. Dass dem grammatischen, dem systematischen, dem teleologischen und dem historischen Auslegungsmoment kein gleicher Rang zukommen kann, dürfte unbestreitbar sein; denn wie überzeugend nachgewiesen wurde (3), kann der Ansatz mit den verschiedenen Auslegungsmitteln im Einzelfall auch zu durchaus voneinander abweichenden Ergebnissen führen.

Allein die objektive Auslegungstheorie gibt auf die obige Frage eine konsequente Antwort: ist der Wortlaut der Norm der Gegenstand der Auslegung und hat von ihm der Interpretationsvorgang seinen Ausgang zu nehmen, dann macht dies aus sich selbst heraus deutlich, dass dem grammatikalischen und dem systematischen Auslegungskriterium der

---

(1) Vergl. BGHZ 1/74 ff, 76.

(2) Es ist unrichtig,wenn gesagt wird, dass sich ein Gegensatz zwischen Sinn des Gesetzes und Wille des Gesetzgebers nicht ergebe, wenn man letzteren nicht rein subjektiv verstehe, so Bachof JZ 1963/697 ff, 698; denn auch der objektive Gesetzessinn und der objektivierte Gesetzgeberwille brauchen sich im Einzelfall nicht zu decken.

(3) Siebert, Die Methode der Gesetzesauslegung, S. 10 ff.

Vorrang vor den übrigen gebührt. Nur soweit die Auslegung mit Hilfe dieser Mittel nicht zu einem eindeutigen oder befriedigendem und vernünftigem Ergebnis führt, ist es berechtigt und auch geboten, eine Behebung der bestehenden Zweifel durch die Hinzuziehung des gesetzgeberischen Willens zu versuchen (1).

Die subjektive Theorie hingegen führt zuweilen zwangsläufig zu einer Verschiebung des rechten Verhältnisses zwischen den Kriterien einerseits und dem Ziel und Gegenstand der Auslegung andererseits. Für sie ist der "ermittelte" gesetzgeberische Wille oftmals gleichsam der Obersatz , unter den es gilt den Wortlaut der Norm zu zwängen.Damit aber würdigt sie den Normtext vom Gegenstand zum blossen "Anlass" der Interpretation herab (2).
Ihr ist auch schon deshalb nicht zu folgen, weil eine zweifelsfreie Feststellung des gesetzgeberischen Willens oftmals überhaupt nicht möglich ist (3). Vorallem aber übersieht die subjektive Theorie, dass sich das Gesetz in erster Linie an den rechtsunterworfenen Bürger wendet. Für ihn jedoch kann nicht erst der Normsinn verbindlich sein, den die rechtsanwendenden staatlichen Stellen einem Gesetz unter Zuhilfenahme seiner Entstehungsgeschichte beilegen (4), sondern nur derjenige, der sich aus der einzelnen gesetzlichen Bestimmung und der Gesamtregelung im ganzen selbst ergibt, sofern er eindeutig ist und zu durchaus sinnvollen Ergebnissen führt (5).

---

(1) So BVerfGE 1/299 ff, 312; allerdings ist zuzugeben, dass das BVerfG diesen Standpunkt nicht konsequent vertritt; besonders deutlich BVerfGE 11/126 ff, 129.

(2) So zu Recht Jesch JZ 1963/241 ff, 244.

(3) BGHZ a.a.O.; ein eindrucksvolles Beispiel liefern hier die Materialien zu den §§ 1365, 1369 BGB selbst. Einen ausführlichen Überblick gibt Hartung, a.a.O., S. 7 ff. Vergl. auch hier S. 37 , Fsnte 1 .

(4) So aber Siebert, a.a.O., S. 42.

(5) Jesch, a.a.O..

II. Der Zweck des § 1365 BGB (und des § 1369 BGB)

Dem Wortlaut und Wortsinn des § 1365 BGB kann zunächst nur soviel entnommen werden, dass die in Rechtsgeschäften über das Vermögen im ganzen erfahrungsgemäss liegende abstrakte Gefährlichkeit durch die Zustimmung des nicht verfügenden Ehegatten gemindert bzw. kontrolliert werden soll.
Der systematische Standort des § 1365 BGB unter den Vorschriften des gesetzlichen Güterstandes sowie sein Zusammenhang mit den ihn umgebenden Normen lassen seinen Zweck dagegen deutlicher werden: das Wesen der Zugewinngemeinschaft besteht darin, dass das Vermögen eines jeden Ehegatten, gleichgültig, ob es in die Ehe eingebracht oder erst während der Ehe erworben wird, alleiniges und m. E. frei verfügbares Vermögen seines Inhabers bleibt, dass aber eine Verteilung von Vermögen stattfindet, wenn der gesetzliche Güterstand endet (§§ 1364, 1363 Abs.2 S. 2, 1371 Abs.1 BGB). Die Zugewinngemeinschaft ist somit in Wahrheit eine Gütertrennung, die mit einer schuld- oder erbrechtlichen Erwerbsbeteiligung für den Fall ihrer Beendigung verbunden ist (1).

An dieser grundsätzlichen Charakterisierung des gesetzlichen Güterstandes können die in seinem Rahmen angeordneten Verfügungsbeschränkungen der §§ 1365, 1369 BGB nichts ändern; denn es handelt sich hierbei lediglich um Ausnahmen von dem auch die Zugewinngemeinschaft beherrschenden Grundsatz der Verwaltungsfreiheit eines

(1) So Dölle, FamR., Bd. I, § 48 II, S. 739; Gernhuber JZ 1966/192; Bärmann AcP 157. Bd., S. 145 ff, 152; vergl. auch den im Reg. Entw. I für die Zugewinngemeinschaft gewählten Namen von der "Gütertrennung mit Ausgleich des Zugewinns" .

jeden Ehegatten über die ihm zugeordneten Vermögensgegenstände (§ 1364 BGB).
Wenn nun auch nicht verkannt wird, dass das gesetzliche Güterrecht zugleich Ausdruck und tragende Grundlage der das Wesen von Ehe und Familie bestimmenden Merkmale sein muss, Art. 3 Abs. 2 GG damit in einem engen Zusammenhang mit der Grundsatznorm des Art. 6 Abs. 1 GG zu sehen ist (1) (2), so kann man nicht umhin, der systematischen Stellung der §§ 1365, 1369 BGB die Bedeutung einer sachlichen Entscheidung des Gesetzgebers beizumessen. Dies allein schon deshalb, weil die Postierung dieser Vorschriften erkennbar nicht einem blossen Ordnungsbedürfnis und dem Zwang zur Einhaltung einer gewissen Stoffgliederung entspringt (3); denn nichts hat den Gesetzgeber gehindert, die Regelung der §§ 1365, 1369 BGB oder eine ihr ähnliche in die Vorschriften über die "Wirkungen der Ehe im allgemeinen" (§§ 1353 - 1362 BGB) aufzunehmen, die für alle Güterstände in gleicher Weise Geltung haben (4).
Es muss deshalb davon ausgegangen werden, dass es sich bei den Verwaltungsbeschränkungen der Zugewinngemeinschaft um eine spezielle, auf das gesetzliche Güterrecht

---

(1) Der gesetzliche Güterstand der Zugewinngemeinschaft ist das Ergebnis des dem Gesetzgeber mittelbar durch Art. 117 Abs. 1 GG erteilten Auftrags, ein der Gleichberechtigung von Mann und Frau (Art. 3 Abs. 2 GG) gemässes Güterrecht zu schaffen.
(2) Zur Bedeutung des Art. 6 Abs. 1 GG vergl. Gernhuber, Familienrecht, § 31 I 1, S. 297; Maunz, Dt. Staatsrecht, 1o., neubearbeitete Auflage, § 14 V 2, S. 1o7; BVerfGE 6/55: danach ist Art. 6 Abs. 1 GG nicht blosse Einrichtungsgarantie, sondern wirkt als Grundsatznorm und grundrechtliche Auslegungsregel auf das gesamte, auf Ehe und Familie bezügliche private und öffentliche Recht ein.
(3) Zur Bedeutung der systematischen Stellung einer einzelnen Vorschrift, Larenz, a.a.O., S. 247; Bartholomeyczik, a.a.O., S. 63;
(4) So zu Recht Boehmer, FamRZ 195 9/1 ff, 3.

bezogene Regelung handelt, die im Zusammenhang mit dem den gesetzlichen Güterstand vom vertraglichen Güterstand der Gütertrennung im wesentlichen unterscheidenden Merkmal der Erwerbsbeteiligung bei Beendigung der Zugewinngemeinschaft steht; die §§ 1365, 1369 BGB müssen als Teil der Zugewinnregelung des gesetzlichen Güterrechts begriffen werden. Als Teil hiervon kann ihnen aber nur die Aufgabe zuwachsen, die potentielle und zukünftige Beteiligung des nichtverfügenden Ehegatten an dem Vermögen des anderen vorwirkend zu sichern.

Bei diesem Auslegungsergebnis kann jedoch nur dann stehengeblieben werden - und hiermit muss sich die objektive Auslegungstheorie gewisse Einschränkungen gefallen lassen -, wenn der ermittelte Zweck der Normen im Hinblick auf die von den Vorschriften eingesetzten Mittel ein sinnvoller ist, wenn der normative Gesetzeszweck dem Willen eines - hypothetisch angenommenen - "vernünftigen Gesetzgebers" entspricht (1).
Für § 1365 BGB kann das ohne weiteres behauptet werden, für § 1369 BGB dagegen nicht. Dem Gesetzgeber kann nicht unterstellt werden, angenommen zu haben, dass der Hausrat der Ehegatten in der Regel - und vom Regelfall geht der Gesetzgeber aus - eine so wesentliche Rolle bei der Ausgleichung ihrer Vermögen spielen werde, dass es der Vinkulierung eines jeden Rechtsgeschäfts über einen noch so geringwertigen Gegenstand dieser Art bedurft hat.

Die systematische Einordnung des § 1369 BGB unter die speziellen Vorschriften des gesetzlichen Güterstandes erweist sich damit als eine offensichtliche Fehlleistung des Gesetzgebers, die der Korrektur bedürftig ist. Wie

---

(1) Schreier, a.a.O., S. 72; Larenz, a.a.O., S. 250.

dem § 1369 BGB allerdings im Wege der Auslegung (im weiteren Sinne) ein sinnvoller Zweck beigelegt werden kann, bedarf hier keiner Erörterung; denn es wird sich zeigen, dass die systematisch verfehlte Stellung der Norm auf Grund anderer Umstände weitgehend unschädlich ist.

Im Falle des § 1365 BGB scheidet eine Korrektur des normativen Gesetzeszwecks jedoch aus, weil es durchaus vernünftig ist, zur Sicherung der schuld- und erbrechtlichen Vermögensbeteiligung Rechtsgeschäfte über das Vermögen im ganzen der Kontrolle und deshalb der Zustimmung des anderen Ehegatten zu unterwerfen.

Die durchaus h.M. sieht hingegen die primäre Aufgabe des § 1365 BGB in dem Schutz der wirtschaftlichen Grundlage der Familie (1). Ihre Argumente vermögen jedoch -zumindest, wenn man der hier vertretenen Ansicht von der Vorrangigkeit des normativen Gesetzeszwecks folgt- nicht

---

(1) Nur sekundär soll § 1365 BGB auch den potentiellen Ausgleichsanspruch des anderen Ehegatten schützen; vergl. BGH FamRZ 1961/3o2 = BB 1961/654 = NJW 1961/13o1; BGH FamRZ 1964/25 = NJW 1964/347; BGH FamRZ 1965/258; LG München I FamRZ 1965/511; LG Aachen FamRZ 1962/385 ff, 387; LG Braunschweig FamRZ 1959/291; LG Oldenburg DNotZ 1959/2o4; Beitzke, DB 1961/21; Dittmann, DNotZ 1963/7o7; Haegele RPfl 1959/4 ff, 5; Reinicke, BB 1957/564; ders. BB 196o/1oo2; anders noch ders. NJW 1957/889 ff, 89o; Krüger-Breetzke-Nowak, GleichbG, 1958, S. 314; Massfeller-Reinicke, GleichbG, S.125; Staudinger-Felgenträger, § 1365 Rdnr. 2; Palandt-Lauterbach, § 1365 Anm.1; Dölle, FamR.,Bd.I, § 52, S. 75o; Fischer, NJW 196o/937 ff, 938; Mülke, s.Diss., S. 6;Ollig, a.a.O., S.65; Glum, a.a.O.,S.8/9.

A.A. und wie hier: Knur, DNotZ 1957/451 ff, 462; vergl auch Tiedau, MDR 1959/79 ff, 81; Bärmann AcP 157. Bd., S. 159 Fsnte 49.

zu überzeugen (1).

---

(1) Es erscheint überhaupt zweifelhaft, ob die h.M. den von ihr vertretenen Gesetzeszweck den Materialien entnehmen kann. Bei Massfeller-Reinicke, Beilage zum Bund. Anz. 1956 Nr. 154, S. 4 zu § 1365 Abs. 2 BGB heisst es, "der Ausschuss habe die Möglichkeit, die fehlende Zustimmung des anderen Ehegatten zu ersetzen, abweichend vom Reg. Entw. (§ 1372 Abs. 2 d. Entw.) nicht für den Fall vorgesehen, dass das Rechtsgeschäft die Rechte des anderen Ehegatten auf den Ausgleich des Zugewinns nicht oder nicht wesentlich gefährde. Der Ausschuss sei hierbei von folgender Erwägung ausgegangen: nehme ein Ehegatte ein Rechtsgeschäft vor, das sein Vermögen im ganzen betreffe, so könne er der ehelichen Lebensgemeinschaft die wirtschaftliche Grundlage entziehen. Die Wirkungen eines derartigen Rechtsgeschäfts träfen den anderen Ehegatten auch dann in erheblichem Umfang, wenn sein Ausgleichsanspruch davon nicht berührt werde. Seine Zustimmung solle daher auch das Vormundschaftsgericht nicht mit der Begründung ersetzen können, sein Ausgleichsanspruch werde durch das Rechtsgeschäft nicht gefährdet" .

Aus diesen insoweit klaren Materialien ergibt sich, dass der Gedanke des Schutzes der wirtschaftlichen Grundlage der Familie einzig und allein gesetzgeberisches Motiv für die Abänderung der vom Reg. Entw. vorgesehenen Formulierung des § 1365 Abs. 2 BGB war, nicht aber der eigentliche gesetzgeberische Zweck für die Anordnung des § 1365 Abs. 1 BGB. (Zu dem prinzipiellen Unterschied von gesetzgeberischem Zweck und gesetzgeberischem Motiv vergl. Bartholomeyczik , a.a.O., S. 52). Bei Seidl, a.a.O., S.5/6 ist der Anlass für die abweichende Formulierung dann freilich zum eigentlichen Gesetzeszweck erhoben worden.

Unrichtig ist es, in § 1365 BGB eine Verwirklichung der dem Gesetzgeber in Art. 6 Abs. 1 GG gestellten Aufgabe zu sehen, eine der soziologischen und sittlichen Bedeutung von Ehe und Familie angemessene Regelung zu schaffen, und hieraus zu folgern, dass diese Norm massgeblich auf dem allgemeinen Wesen von Ehe und Familie beruhe (1). Dies mag von dem gesetzlichen Güterstand in seiner Gesamtheit gesagt werden können (2); es ist aber nicht angängig, einer einzelnen Norm, die zudem noch eine Ausnahme von dem die Zugewinngemeinschaft beherrschenden Grundsatz der Verwaltungsfreiheit eines jeden Ehegatten über sein Vermögen bildet, diese Funktion zuzuschreiben. Aus einer Vorschrift mit Ausnahmecharakter kann nicht ein Essentiale der Gesamtregelung gemacht werden.
Wie wenig § 1365 BGB tragende Grundlage der das Wesen von Ehe und Familie bestimmenden Merkmale ist, beweist auch die Regelung des § 1386 Abs. 1 Ziff. 1 BGB. Hiernach kann der andere Ehegatte auf vorzeitigen Ausgleich des Zugewinns klagen, wenn der andere Eheteil ein Rechtsgeschäft der in § 1365 BGB bezeichneten Art ohne die erforderliche Zustimmung vorgenommen hat und eine erhebliche Gefährdung der künftigen Ausgleichsforderung zu befürchten steht, mit der Folge, dass mit Rechtskraft des Urteils die Gütertrennung eintritt (§ 1388 BGB) und da-

---

(1) So Ollig, a.a.O., S. 53/55; Mülke, s. Diss., S. 4/5; gegen ihn Gernhuber, FamR., § 35 I 3, S. 324; ders. FamRZ 1959/465 ff, 466.

(2) Es ist hier aber auch zu beachten, dass der Gesetzgeber die Zugewinngemeinschaft als gesetzlichen Güterstand aus der Überlegung heraus gewählt hat, dass die reine Gütertrennung die Belange der Ehefrau i.d.R. nicht genügend beachte (vergl. BT-Drucksache 3802, 1952 Entw. eines Familienrechtsgesetzes, S. 56), wie überhaupt mit dem GleichbG nicht die Ehe reformiert, als vielmehr die Stellung der Frau verbessert werden sollte (so zu Recht Müller-Freienfels, JZ 1957/685 ff, 686).

mit einer Bindung zukünftiger Rechtsgeschäfte über das Vermögen im ganzen entfällt. Der Eintritt der Gütertrennung und damit der Wegfall des § 1365 BGB beruht für diesen Fall einmal nicht auf einer freiwilligen Übereinkunft der Ehegatten (1). Desweiteren erscheint diese Regelung wenig sinnvoll, erblickt man den Zweck des § 1365 BGB in der Sicherung der wirtschaftlichen Grundlage der Familie; denn gerade dann wäre es geboten, den Ehegatten, der zustimmungslos verfügt hat und damit in gewisser Weise ein ehe- und familienfeindliches Verhalten gezeigt hat, auch fürderhin der Bindung des § 1365 BGB zu unterwerfen (2).
Dem normativen Gesetzeszweck des § 1365 BGB widerspricht auch nicht die Tatsache, dass diese Vorschrift Rechtsgeschäfte über das Vermögen im ganzen der Vinkulierung unterwirft, statt nur solche über den Zugewinn, der einmal allein zur Ausgleichung herangezogen wird (3). Denn da der Zugewinn lediglich eine Wert- und Rechnungsgrösse ist (§ 1373 BGB), kann er nicht Objekt einer Verfügungsbeschränkung sein. Vorallem aber übersieht diese Argumentation, dass es im Einzelfall unbeachtlich sein kann, ob ein effektiver Zugewinn überhaupt erzielt wurde, so insbesondere bei der Ausgleichung im Wege der sog. erbrechtlichen Lösung nach § 1371 Abs. 1 BGB (4).

---

(1) Mit dem Argument der "freiwilligen Übereinkunft der Ehegatten" wird zuweilen die Nichtgeltung der §§ 1365, 1369 BGB im Güterstand der Gütertrennung und damit die systematische Stellung der Normen gerechtfertigt;
(2) Das hätte dadurch erreicht werden können, dass man dem anderen Ehegatten zwar das Recht aus § 1386 Abs.1 Ziff. 1 BGB gibt, den gesetzlichen Güterstand aber bestehen lässt und die ausgeglichenen Vermögen der Ehegatten zu ihren nunmehrigen Anfangsvermögen bestimmt.
(3) So aber Ollig, a.a.O., S. 65.
(4) Eine Ausgleichsforderung kann auch, ohne dass ein effektiver Zugewinn vorhanden ist, in den Fällen des § 1375 Abs. 2 BGB zur Entstehung kommen.

Auch vermag der Hinweis nicht zu überzeugen, § 1365 BGB könne deshalb nicht nur der Sicherung des potentiellen Ausgleichsanspruchs des anderen Ehegatten bezwecken, weil dem BGB ein so starker Schutz zukünftiger schuldrechtlicher Ansprüche fremd sei (1). Denn endet der gesetzliche Güterstand durch den Tod eines Ehegatten, dann kann dem § 1365 BGB während Bestehens der Ehe - rückwirkend betrachtet - die Aufgabe zugefallen sein, die nunmehr dingliche Beteiligung des anderen Ehegatten am Nachlassvermögen vorwirkend zu sichern (§ 1371 Abs. 1 BGB).
Eine verstärkte Sicherung der zukünftigen, schuldrechtlichen oder dinglichen Vermögensbeteiligung entspricht darüberhinaus durchaus der rechtspolitischen Aufgabe der Zugewinnregelung, nämlich den gesetzlichen Güterstand zu einem der Gleichberechtigung von Mann und Frau entsprechendem Güterrecht zu erheben.
Schliesslich wird gegen die hier vertretene Ansicht vorgebracht, dass die systematische Stellung der §§ 1365, 1369 BGB nicht als sachliche Entscheidung des Gesetzgebers gewertet werden könne, weil diese Vorschriften nur eine Konkretisierung allgemein gültiger und damit auch für die Gütertrennung geltender Grundsätze beinhalten, die besagen, dass jeder Ehegatte sein Vermögen vornehmlich im Interesse der Familiengemeinschaft und zur Erhaltung ihrer wirtschaftlichen Grundlage zu verwalten hat und dass Eheleute Entscheidungen, die ihr Zusammenleben berühren, aus der Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft heraus zu treffen haben (2). Dieser Einwand greift nicht durch. Wenn die obigen Grundsätze auch

---

(1) So Petermann, RPfl. 1960/233 .

(2) So Gernhuber, FamR. § 35 I 3, S. 324; ders. FamRZ 1959/465 ff, 466 .

durch § 1353 Abs. 1 BGB von einer rein sittlichen zu einer rechtlichen Verpflichtung erhoben sind (1), so gehen jedoch die durch §§1365, 1369 BGB den Ehegatten auferlegten Bindungen, allein schon deshalb, weil sie jedes Rechtsgeschäft der dort bezeichneten Art der Vinkulierung unterwerfen, sowie die an eine Verletzung dieser Normen geknüpften Rechtsfolgen um so vieles weiter, dass sie nicht mehr als blosse Konkretisierung der Generalklausel des § 1353 Abs. 1 BGB gewertet werden können.

Das Verhältnis der §§ 1365, 1369 BGB zu § 1353 Abs. 1 BGB ist nicht von der Art der "leges speciales" zur "lex generalis"; das Zusammenspiel der Normen ist ein anderes: § 1353 Abs. 1 BGB und die aus ihm fliessenden Grundsätze beanspruchen auch dort volle Geltung, wo der Anwendungsbereich der Verwaltungsbeschränkungen des gesetzlichen Güterstandes liegt. Als Grundsatznorm wirkt die Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft in alle Lebensbereiche der Ehegatten hinein (2). Das aber bedeutet, dass sich die Frage, ob das beabsichtigte Gesamtvermögensgeschäft den Grundsätzen einer ordnungsgemässen Vermögensverwaltung entspricht (§ 1365 Abs. 2 BGB), primär an den konkreten Belangen und Bedürfnissen von Ehe und Familie zu orientieren hat und dass sich der zustimmungsberechtigte Ehegatte bei seiner Entscheidung vornehmlich von den wirtschaftlichen Interessen der Familiengemeinschaft und nicht von den seinigen bezüglich des späteren Ausgleichs des Zugewinns leiten lassen muss.

---

(1) Vergl. Palandt-Lauterbach, § 1365 Anm. 1; zu diesen Grundsätzen vergl. auch BayObLG Recht 192o/2422; RGZ 87/56 ff, 63; BGHZ 1/87 ff, 92; 2o/127 ff, 134;
(2) BGHZ 26/198.

Die Sicherung der wirtschaftlichen Grundlage der Familie wird somit über § 1353 Abs. 1 BGB und auch § 136o S. 1 BGB durch die Verfügungsbeschränkungen des gesetzlichen Güterstandes zugleich erreicht (1); der normative Zweck der §§ 1365, 1369 BGB ist und bleibt es jedoch, die potentielle Vermögensbeteiligung des nicht verfügenden Ehegatten zu schützen (2).

(1) So zu Recht Knur, DNotZ 1957/451 ff, 462; Bärmann, a.a.O.; allein diese Auslegung deckt sich auch mit den Materialien, vergl. oben S.37 Fsnte 1.

(2) Eine Korrektur des verfehlten Gesetzeszwecks des § 1369 BGB kannaus diesem Grunde unterbleiben.

C. Die einzelnen Tatbestandsmerkmale des § 1365 BGB

I. Der Verfügungs- und Vermögensbegriff

1. Der Verfügungsbegriff

Kommt einem in demselben Gesetz mehrmals wiederkehrendem Ausdruck oder Begriff ein festgefügter juristischer Sprachgebrauch zu, dann ist ein Abweichen hiervon nur angezeigt, wenn besondere Anhaltspunkte dafür bestehen (1); denn es darf davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber allgemein als hinreichend bestimmt angesehene Begriffe im Interesse einer einheitlichen Gesetzesterminologie und der Verständlichkeit seiner Anordnungen zumindest in demselben Gesetz auch in demselben Sinne verwendet (2). Ein solcher festgefügter juristischer Sprachgebrauch im Rahmen des BGB verbindet sich mit dem Begriff der Verfügung, unter der wir alle diejenigen Rechtsgeschäfte verstehen, die auf die unmittelbare Übertragung, Aufhebung oder inhaltliche Änderung eines Rechts oder Rechtsverhältnisses gerichtet sind (3).

Der Umstand, dass § 1365 BGB von einer Verfügung über das Vermögen im ganzen spricht, das Vermögen aber nicht Gegenstand eines einheitlichen Verfügungsgeschäfts sein kann, sondern lediglich die einzelnen Rechte an den das

---

(1) Bartholomeyczik, a.a.O., S. 2o;
(2) Larenz, a.a.O., S. 243;
(3) BGHZ 1/294 ff, 3o4; BGHZ 13/1 ff, 3; Palandt-Danckelmann, Ubbl. v. § 1o4 Anm. 3 d.

Vermögen bildenden Gegenständen, gibt keine Veranlassung, von dem herkömmlichen Verfügungsbegriff abzuweichen (1). Denn da auch der Begriff des Vermögens dem BGB keineswegs unbekannt ist, würde es seltsam erscheinen, hätte der Gesetzgeber an die Stelle der Worte "über sein Vermögen im ganzen zu verfügen" eine umständliche Beschreibung ihres technisch-juristischen Inhalts in den Wortlaut der Norm aufgenommen (2).

Es könnte lediglich gefragt werden, ob im Hinblick auf den Zweck der Norm der Verfügungs- und der mit ihm inhaltlich gleichbedeutende Erfüllungsbegriff des § 1365 Abs. 1 S. 2 BGB über ihre juristische Bedeutung hinaus etwa auf tatsächliche Einwirkungen auf das Vermögen im ganzen oder auf das gesamte Vermögen berührende Prozesshandlungen zu erweitern sind. Grundsätzlich ist diese Frage zu verneinen; die Rechtsgrundsätze und Rechtswerte, auf Kosten derer § 1365 BGB den Schutz des potentiellen Ausgleichsanspruchs des anderen Ehegatten, wenn auch nur in begrenztem Umfang, verwirklicht, lassen eine extensive Auslegung der Norm m. E. nicht zu.

---

(1) A.A.: Mülke, s. Diss., S. 28/29; ders. AcP 161.Bd., 129 ff, 131; vorallem Schulz-Kersting, JR 1959/134 ff, 136, der den Verfügungsbegriff des § 1365 Abs.1 S. 1 BGB ausser Acht lässt und unter den Begriff der Erfüllung des S. 2 auch tatsächliche Einwirkungen auf das Vermögen zählt; einen wirtschaftlichen Verfügungsbegriff vertritt Glum, a.a.O., S. 51; vergl. dazu S. 66ff, unten.

(2) Eine andere Frage ist es, ob der Verfügungsbegriff mit Rücksicht auf die Worte "verpflichten, über sein Vermögen im ganzen zu verfügen" auf die Übertragung des Vermögens und seine Belastung mit einem Niessbrauch zu beschränken ist; dazu siehe S. 55 ff unten.

2. Der Vermögensbegriff

Der Gegenstand eines gemäss § 1365 Abs. 1 S. 1 BGB zustimmungsbedürftigen Rechtsgeschäfts muss das "Vermögen im ganzen" des paktierenden Ehegatten sein.

Der Begriff des Vermögens, wie er in der Regel sowohl im allgemeinen Sprachgebrauch als auch in dem des BGB verwendet wird, lässt sich grundsätzlich durch ein einziges Merkmal charakterisieren: es ist dies das ein Vermögen bindende"Einheitsmoment", d.h. die Vereinigung der Mehrheit der Rechte an den das Vermögen bildenden Gegenständen in der Hand eines Rechtssubjekts (1).

Das Wort Vermögen wird demgemäss in einem wertneutralen Sinne gebraucht und dient als eine Art Sammelbezeichnung für die Gesamtheit der einer Person zugeordneten Vermögensrechte, ihr Aktivvermögen (sog. juristischer Vermögensbegriff) (2).

Soll dagegen das Vermögen als eine Wertgrösse begriffen werden, wie es etwa der Fall ist, wenn es darum geht, den quotenmässigen Anteil eines an einem Sondervermögen Beteiligten zu errechnen (vergl. §§ 49, 1476, 2o47 BGB), dann bedarf es zur Kennzeichnung des Vermögensbegriffs eines weiteren Merkmals: es ist dies der wirtschaftliche

---

(1) H.A. Fischer, Subjekt und Vermögen, Sonderdruck aus "Festschrift für E. Rosenthal", Jena 1923, S. 6; Enneccerus-Nipperdey, Bd. I, 1.Hlbd., § 131 III, S. 844.

(2) Enneccerus-Nipperdey, a.a.O., § 131 II, S. 841; Laue, AcP 14o. Bd., S. 64 ff, 65; v.Thur, 1. Bd., § 18 II, S. 318; Rittner, Staatslexikon, Bd. 8, S. 17o ff; zu den verschiedenen Vermögensbegriffen, die das BGB kennt, vergl.Staudinger-Boehmer, § 1922 Anm. 72 ff.

Wert des Vermögens (1), d.h. der auf eine Währungseinheit bezogene rechnerische Vermögenswert. Das Vermögen einer Person ist dann gleich dem Gesamtwert, wie er sich durch eine Aktivierung aller Vermögensrechte abzüglich der Schulden errechnen lässt (sog. wirtschaftlicher Vermögensbegriff).
In welchem Sinne ein einzelner Rechtssatz des BGB den Vermögensbegriff verstanden wissen will, ist von Fall zu Fall im Wege der Auslegung zu bestimmen.
Nach dem Wortlaut des § 1365 Abs. 1 S. 1 BGB, der von einer Verfügung über das Vermögen im ganzen spricht, kann mit dem Vermögen des Ehegatten nur dessen Aktivvermögen, ohne Rücksicht auf seine persönlichen Leistungspflichten, gemeint sein (2). Denn ist die Verfügung dadurch charakterisiert, dass sie den Herrschaftsbereich, den das durch die Verfügung betroffene Vermögensrecht gewährt, verkleinert oder verändert (3), so kann dies nur durch eine Einwirkung auf die Rechte an den Aktivgütern als solche, nicht auf deren Vermögenswert erreicht werden (4).

---

(1) Vergl. Staudinger-Boehmer, a.a.O., Anm. 65; Wiedemann, a.a.O., § 1, S. 8 ff zu den Wesensmerkmalen des Vermögensrechts.
(2) H.M., vergl. Dölle, Familienrecht, Bd. I, § 52, S. 75o; BGH FamRZ 1961/3o4; Rittner, FamRZ 1961/6; OLG-Frankfurt, NJW 196o/2oo2; a.A. vergl. Fsnte 4.
(3) v. Thur, a.a.O., § 18 IV, S. 322, Fsnte 35.
(4) So zu Recht Wiedemann, a.a.O., § 1o II 1 a, S. 254 .

Dem Zweck des § 1365 BGB scheint jedoch -sieht man ihn wie hier in der Sicherung der potentiellen, schuld- oder erbrechtlichen Vermögensbeteiligung des anderen Ehegatten- der wirtschaftliche Vermögensbegriff besser zu entsprechen, wie er auch der Regelung über den schuldrechtlichen Zugewinnausgleich (§§ 1373 ff BGB) zugrundeliegt (1). Diese Annahme erweist sich aber als unzutreffend, macht man sich deutlich, dass § 1365 BGB die Ausgleichslage, wie sie sich im Falle der Beendigung des Güterstandes z. Zt. der Vornahme des Gesamtvermögensgeschäfts zwischen den Ehegatten ergeben würde, vorwirkend auf den Zeit - punkt der tatsächlichen Ausgleichung erhalten soll. Hierfür ist es von entscheidender Bedeutung, wie sich die Vermögen der beiden Ehegatten ihrer Substanz nach zusammensetzen; denn es ist ohne weiteres einleuchtend,dass es z.B. einen erheblichen Unterschied bedeutet, ob das Vermögen eines Ehegatten, das im wesentlichen in Bargeld besteht, sozusagen tot auf einem Konto liegt oder gewinnbringend in einem Unternehmen in der Form eines Gesellschaftsanteils arbeitet. Hinzukommen die Überlegungen , dass jeder Ehegatte auch an solchen Wertsteigerungen am Vermögen des anderen beteiligt wird, die ohne den Einsatz von Arbeit und weiterem Kapital erreicht werden (2),

---

(1) Den wirtschaftlichen Vermögensbegriff zu § 1365 BGB vertritt vorallem Riedel, RPfl 1961/261 ff, 267, der der Norm jedes Verfügungsgeschäft mit nachteiligen Wirkungen auf die Vermögenslage der Eheleute unterwerfen will; ähnlich auch Sichtermann, DB 1959/163 und Gernhuber, FamR., § 35 II 1, S. 329, Fsnte 3. Mülke, s. Diss., S. 75 ff und AcP 161. Bd., S. 129 ff, 141 ff begreift das Vermögen i. S. d. § 1365 BGB als den gesamten realisierbaren Wert aller Aktiven; ihm zustimmend wiederum Riedel, DRiZ 1963/182 ff, 183.

(2) § 1375 Abs. 2 BGB.

wie überhaupt der Vermögensgrundstock von entscheidendem Einfluss auf eine potentielle Vermögensmehrung ist, so dass auch aus diesen Gründen die Art der jeweiligen Vermögenssubstanz für die Höhe des zukünftigen Ausgleichsanspruchs von einiger Wichtigkeit ist.
Es ist somit durchaus sinnvoll, wenn § 1365 BGB die Sicherung des Vermögenswertes durch eine Erhaltung der Vermögenssubstanz erreichen will bzw. den zustimmungsberechtigten Ehegatten bei der Entscheidung mitwirken lässt, ob der Schutz der potentiellen Vermögensbeteiligung besser in dieser oder besser in jener Form der "Vermögensanlage" verwirklicht wird (1) (2).

---

(1) Mit Hilfe dieser Überlegungen können jedoch nicht solche Gesamtvermögensgeschäfte von dem Zustimmungserfordernis freigestellt werden, durch die nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten eine bessere und sichere Vermögensanlage erreicht wird, so etwa der Kauf eines Grundstücks gegen Hingabe des gesamten in Geld bestehenden Vermögens; so aber Riedel, DRiZ 1963/182 ff,186 ; im Ergebnis ähnlich Wörbelauer, NJW 1960/793. Denn derartige Voraussagen nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten werden für eine lange Zukunft nur in sehr seltenen Fällen möglich sein; vorallem wird aber ein derartiges Gesamtvermögensgeschäft in aller Regel einer ordnungsmässigen Vermögensverwaltung i.S.d. § 1365 Abs. 2 BGB entsprechen, so dass die fehlende Zustimmung des anderen Ehegatten durch das Vormundschaftgericht ersetzt werden kann.

(2) Die Schutzwirkung des § 1365 BGB ist freilich nicht allzu gross, da nur Rechtsgeschäfte über das Vermögen im ganzen der Vinkulierung unterworfen sind und zudem dieses Verbot sehr leicht umgangen werden kann (vergl. Harms FamRZ 1966/585 ff, 590). Rechtspolitisch gesehen erscheint die Vorschrift deshalb - im Gegensatz zu § 1369 BGB - auch nicht allzu sinnvoll, was vorallem dann zu gelten hat, wenn man ihr den Zweck beilegt, die wirtschaftliche Grundlage der Familie zu sichern.

II. Die Verpflichtung zur Verfügung über das Vermögen im ganzen.

1. Die gegenständliche Fixierung des Verpflichtungsgeschäfts.

Aus dem insoweit klaren Wortlaut des § 1365 Abs. 1 BGB ergibt sich, dass die Verpflichtungserklärung des Ehegatten unmittelbar auf eine Verfügung über sein Vermögen im ganzen gerichtet sein muss, dass somit eine gegenständlich nicht fixierte Verpflichtung, wie es etwa eine Bürgschaft oder Schuldübernahme sind, nicht der Vinkulierung unterliegt, mag zu ihrer Erfüllung im Einzelfall selbst das gesamte Vermögen des Ehegatten herangezogen werden müssen (1).
Die Prüfung, ob ein so gestaltetes Verpflichtungsgeschäft vorliegt, ist vorallem in den Fällen der Eingehung von Kauf- und sonstigen Schuldverbindlichkeiten angezeigt; ist der Ehegatte hieraus zur Hergabe seines gesamten in Bargeld bestehenden Vermögens verpflichtet, so bedarf es der Zustimmung des anderen Ehegatten zu diesen Rechtsgeschäften jedoch nur, wenn der paktierende Ehegatte nach den Parteierklärungen seine Schuldverpflichtung durch eine Verfügung gerade über dieses "Barguthaben" erfüllen soll (2).
Von dem Erforderniss der gegenständlichen Fixierung der Verpflichtung ist jedoch dort eine Ausnahme zu machen, wo mit Hilfe eines solchen, an sich zustimmungsfreien Rechtsgeschäfts eine Umgehung des § 1365 BGB beabsichtigt ist (3).

---

(1) Ganz h.M., LG Wuppertal NJW 1960/1468; Haegele FamRZ 1964/594 ff, 598; Riedel DRiZ 1963/182 ff, 186; Soergel-Vogel, § 1365 Anm. 11; Gernhuber, Familienrecht, § 35 II 1, S. 328; Tubessing, BB 1966/829 ff, 830; Staudinger-Felgenträger, § 1365 Rdno. 6.
(2) Staudinger-Felgenträger, a.a.O.;
(3) OLG Karlsruhe FamRZ 1961/317; Gernhuber, a.a.O.,S.329.

2. Das "Vermögen im ganzen"

Der Sinn des § 1365 BGB kann es nicht sein, dass sich die Verpflichtung zur Verfügung auf sämtliche das Vermögen des Ehegatten bildenden Gegenstände erstrecken muss, ansonsten der Vorschrift eine mehr oder minder rein theoretische Bedeutung zukäme. Ihr Zweck gebietet ein Eingreifen auch dort, wo Gegenstand des Rechtsgeschäfts die wesentliche Vermögenssubstanz des paktierenden Ehegatten ist. Es muss deshalb für die Anwendbarkeit des § 1365 BGB genügen, wenn die Verpflichtung objektiv auf eine Verfügung über das beinahezu ganze, im wesentlichen ganze Vermögen gerichtet ist (1). Unschädlich ist es deshalb, wenn Vermögensgüter von untergeordneter wirtschaftlicher Bedeutung, die ohnehin bei der Berechnung der Vermögensbeteiligung nicht ins Gewicht fallen, wie etwa alltägliche Hausratsgegenstände oder Güter von überwiegend persönlichem Interesse, von dem "Gesamtvermögensgeschäft" nicht erfasst werden (2).
Ob sich das Verpflichtungsgeschäft im Einzelfall auf das im wesentlichen gesamte Vermögen des Ehegatten erstreckt, ergibt ein Wertvergleich zwischen den Vermögensgegenständen, über die verfügt werden soll und dem zurückbleibenden Restvermögen (3).

---

(1) Vergl. BGHZ 35/135 ff, 143 = FamRZ 1961/3o2; BGH FamRZ 1965/258; OLG Oldenburg FamRZ 1965/273; LG München FamRZ 1965/511; BayObLG NJW 196o/821 ff, 822; Palandt-Lauterbach, § 1365 Anm.2; Erman-Bartholomeyczik, § 1365 Anm. 3b; Scheffler-Koeninger, RGRK, § 1365 Anm.6; Finke, MDR 1957/514; Fischer NJW 196o/937; Haegele, RPfl 1959/4 ff, 5; Wiedemann, a.a.O., § 1o II 1b, S. 255; Bosch, FamRZ 1958/289 ff, 294;
a.A. Tiedau, MDR 1961/7.

(2) Zu weitgehend aber Bärmann AcP 157. Bd., S. 162, wenn er zum persönlichen Gebrauch eines Ehegatten auch eine wissenschaftliche Bibliothek oder ein zum Berufsverkehr dienendes Auto zählen will.

(3) So BGH FamRZ 1965/258.

Diese Berechnung wird in der Regel keine Schwierigkeiten bereiten. Unklarheiten bestehen jedoch darüber, wie "Restvermögen" und "weggegebenes Vermögen" wertmässig in der Rechnung anzusetzen sind, wenn auf dem Restvermögen dingliche Lasten ruhen oder ihm persönliche Schulden des verfügenden Ehegatten gegenüberstehen, desweiteren, wenn das vom Vertrag ergriffene Vermögen durch die Verfügung wertmässig nicht erschöpft wird, wie das bei seiner Belastung mit einem Pfandrecht in der Regel der Fall ist.
Beide Fragen werden oftmals unter dem Stichwort "wirtschaftliche Betrachtungsweise" behandelt (1); sie sind jedoch streng auseinanderzuhalten, weil sie jeweils eine andere Problemstellung beinhalten und von verschiedenen Gesichtspunkten her zu beantworten sind (2).
Der juristische Vermögensbegriff, wie er § 1365 BGB zugrundeliegt, verbietet es an sich bei dem anzustellenden Wertvergleich die dinglichen Lasten zu berücksichtigen, die auf den vom Verpflichtungsvertrag nicht erfassten Vermögensgegenständen ruhen. Der Zweck der Norm verlangt jedoch das Gegenteil, da einmal das Restvermögen durch die unmittelbare Zugriffsmöglichkeit der Gläubiger besonders gefährdet ist, zum anderen aber vorallem hochbelastete Gegenstände bei der Berechnung der Vermögensbeteiligung i.d.R. keine entscheidende Rolle mehr spielen können. Bleiben allein solche Gegenstände von dem Rechtsgeschäft ausgenommen, dann hat der Ehegatte über das (derzeit) nahezu gesamte, zur Ausgleichung heranzuziehende Vermögen verfügt.

---

(1) Vergl. BGH a.a.O.; Sichtermann, DB 1959/163.

(2) Zu der 2. Frage, nämlich, ob jede Verfügung über das im wesentlichen gesamte Vermögen des Ehegatten genügt oder nur eine wertausschöpfende, vergl. S. 66 ff.

Die Beachtung der dinglichen Lasten ist auch zum Zwecke der Vermeidung von ungerechten Ergebnissen geboten, wie sie die Starrheit des juristischen Vermögensbegriffs im Einzelfall verursachen kann (1).
Persönliche Verbindlichkeiten des verfügenden Ehegatten, die dem ihm verbleibenden Vermögen gegenüberstehen, müssen dagegen bei der Wertvergleichung zwischen weggegebenen Vermögen und Restvermögen unbeachtet bleiben. Zwar fallen sie bei der Ausgleichung der Vermögen der Ehegatten in gleicher Weise wie dingliche Lasten ins Gewicht, und eine Differenzierung scheint im Hinblick auf den Zweck der Norm der inneren Berechtigung schon deshalb zu entbehren, weil der Belastung i.d.R. ebenfalls eine schuldrechtliche Verpflichtung zugrundeliegt (2); ihre Berücksichtigung würde jedoch die von § 1365 BGB zur Erreichung seines Zwecks eingesetzten Mittel bei weitem überschreiten, wie allein der Umstand beweist, dass

---

(1) Im Ergebnis ebenso die auf S. 5ozu Anm. 1 Genannten. Rittner, FamRZ 1961/1 ff, 6, 16 wendet hiergegen m.E. zu Unrecht ein, den herkömmlichen Verfügungsbegriff durch einen wirtschaftlichen Verfügungsbegriff einzuschränken. Hierzu bekennt sich allerdings ausdrücklich Glum, a.a.O., S. 51. An dem Verfügungsbegriff wird hierdurch jedoch nichts geändert, vielmehr wird das Tatbestandsmerkmal "Vermögen im ganzen" dem Sinn und Zweck der Norm angeglichen.
Vergl. in diesem Zusammenhang auch BGH DB 1958/1127 zu § 419 BGB.
A.A. Lauhoff, a.a.O., S. 44.

Die Beachtung der auf dem verbleibenden Vermögen ruhenden Lasten setzt sich auch immer mehr im Rahmen des § 419 BGB durch: vergl. BGH a.a.O.; BGH NJW 1958/667 ff, 668; im Anschluss an RG HRR 1933/ Nr. 805; anders: RGZ 80/257 ff, 260; RGZ 82/273 ff, 277.

(2) So Lauhoff, a.a.O..

kein Ehegatte durch die Vorschrift gehindert ist, persönliche Schuldverbindlichkeiten selbst in einer solchen Höhe einzugehen, dass zu ihrer Erfüllung eine Heranziehung seines gesamten Vermögens erforderlich wäre (1).

Zu dem Restvermögen des verfügenden Ehegatten zählen natürlich auch pfändungsfreie Gegenstände, weil sie in gleicher Weise bei der Berechnung der Ausgleichsforderung Berücksichtigung finden (2).

Unbeachtlich ist dagegen das Arbeitseinkommen des Ehegatten sowie etwaige Renten- und Pensionsansprüche, weil es sich hierbei nicht um gegenwärtiges Vermögen handelt, wie es durch § 1365 BGB allein geschützt wird (3).

---

(1) Vergl. S.49; für eine Berücksichtigung der persönlichen Verbindlichkeiten: Sichtermann, DB 1959/163; Kemper, a.a.O., S. 41; Schulz-Kersting, JR 1959/135; Kastrup, a.a.O., S. 16 ff.

(2) Vergl. Dunker MDR 1963/876 ff, 879; OLG-Bremen, NJW 1960/825;
a.A.: Haegele FamRZ 1964/594 ff, 596 Fsnte. 6; Riedel RPfl 1961/261 ff, 262; anders ist natürlich zu § 419 BGB zu entscheiden, vergl. Laue AcP 140/64 ff, 65, 74, weil es hier um haftungsrechtliche Fragen geht, das pfändungsfreie Vermögen aber nicht dem Zugriff der Gläubiger unterliegt.

(3) So Staudinger-Felgenträger, § 1365 Rdnr. 28; etwas anderes kann nur dann gelten, wenn es sich um Ansprüche handelt, die jederzeit kapitalisiert werden können, wie etwa ein solcher aus einer privaten Lebensversicherung, nicht jedoch Renten- und Pensionsansprüche aus einer Sozialversicherung.
Wie hier: OLG Karlsruhe FamRZ 1961/317; Haegele a.a.O., § 1922 Anm. 65;
a.A. Krüger-Breetzke-Nowak, GleichbG, S.134; OLG Hamburg MDR 1961/690; OLG Frankfurt NJW 1960/2002 u. 2190. Der entscheidende Fehler dieser a.A. ist darin zu sehen, dass sie die nach der h.M. durch § 1365 BGB zu schützende wirtschaftliche Grundlage der Familie mit der Existenzgrundlage gleichsetzt. So zu Recht Riedel RPfl 1961/261 ff, 264; dort auch zu dem prinzipiellen Unterschied.

Die durch § 1365 BGB angestrebte Erhaltung der Vermögenssubstanz macht es ohne weiteres deutlich, dass die empfangene Gegenleistung im Falle der Entgeltlichkeit des Gesamtvermögensgeschäfts bei der Wertvergleichung ebenfalls nicht in Ansatz gebracht werden kann (1). Ob hiervon eine Ausnahme dann zu machen ist, wenn die Gegenleistung nach Art und Umfang dem Vermögen, über das verfügt werden soll, in jeder Weise entspricht und gleichermassen die potentielle Vermögensbeteiligung des anderen Ehegatten zu schützen vermag, soll in einem anderen Zusammenhang behandelt werden (2).

---

(1) H.M. vergl. Mülke AcP 161/129 ff, 143; Riedel, RPfl 1961/261 ff, 262;
a.A. Meyer-Stolte FamRZ 1961/363; vergl. auch Rittner, FamRZ 1961/1 ff, 15/16; Wörbelauer NJW 1960/795.

(2) siehe Seite 115 unten.

3. Inhalts- oder Gegenstandsbezogenheit des Verpflichtungsgeschäfts?

Subjektive und objektive Theorie.

Da das Vermögen einer Person keine objektive Einheit und keine fest umrissene und stets gleichbleibende Gesamtsache darstellt (1), ist es als Gegenstand des Verpflichtungsvertrages nur in den seltensten Fällen objektiv erkennbar.
Wenn immer wieder gesagt wird, dass die Verkehrsauffassung darüber entscheide, ob die Mehrheit der veräusserten Gegenstände in ihrer Zusammenfassung einen Vermögensinbegriff bilde (2) und als socher von einem objektiven Beobachter als das Vermögen eines Beteiligten erkannt werden könne, so ist mit diesem Auslegungskriterium nur wenig gewonnen; denn diese Verkehrsauffassung ist in Wahrheit nichts anderes als eine an einem bestimmten Rechtsgeschäftstyp orientierte allgemeine Lebenserfahrung: man geht davon aus, dass Übertragungsgeschäfte, die eine vorweggenommene Erbfolge beinhalten, wie etwa das der Hofübergabe, das gesamte bzw. beinahezu gesamte Vermögen der Verfügenden zum Gegenstand haben.
Der Sinn und Zweck des § 1365 BGB kann es aber nun nicht sein, nur derartige, gleichsam klassische Gesamtvermögensgeschäfte der Vermögenskontrolle des anderen Ehegatten zu unterwerfen; vielmehr ist die Zustimmung auch dort zu fordern, wo z.B. der Gegenstand des Rechtsgeschäfts nicht das landwirtschaftliche Anwesen, sondern ein wirtschaftliches Unternehmen ist, falls dieses das

---

(1) Vergl. Rittner in Staatslexikon, 1963, Bd. 8, S.171.
(2) So. z.B. RGZ 134/121 ff, 124; RGZ 123/52 ff, 54; Palandt-Danckelmann § 419 Anm. 2 a; Staudinger-Felgenträger, § 1365 Rdnr. 16.

im wesentlichen gesamte Vermögen des übertragenden Ehegatten darstellt. In diesem letzteren Falle gibt es aber keine Verkehrsanschauung, nach der davon ausgegangen werden kann, dass der Altunternehmer hiermit über die Gesamtheit seiner Vermögensgüter verfügt.

Darüber hinaus kann das "Vermögen im ganzen" i.S. des § 1365 Abs. 1 S. 1 BGB nach der h.M. auch durch einen oder mehrere einzelne Gegenstände oder ein Sondervermögen gebildet sein, sofern diese Vertragsgegenstände nur tatsächlich das gesamte bzw. beinahezu gesamte Vermögen des verfügenden Ehegatten darstellen (1). Dieser Ansicht ist zu folgen, weil sie sich einmal in Übereinstimmung mit der Verkehrsauffassung befindet - die Verkehrsauffassung betrachtet auch die einzelne Sache einer Person als deren Vermögen, sofern sie einen erheblichen Wert hat (2) -, vorallem aber dem Zweck der Norm durchaus entspricht.
Allerdings kann in diesen Fällen § 1365 BGB nur eine entsprechende Anwendung finden, weil unter dem Vermögen einer Person primär eine Zusammenfassung von Sachen und Rechten, ein Vermögensinbegriff zu verstehen ist (3).

---

(1) Sog. Einzeltheorie; vergl. BGHZ 35/135 ff, 143; BGH FamRZ 1965/258; OLG Hamm NJW 1960/1466; OLG Frankfurt NJW 1960/2002; OLG Oldenburg FamRZ 1965/273; BGH FamRZ 1966/22; LG München I FamRZ 1965/511; Finke MDR 1957/514 ff, 515; Schulin DRiZ 1959/76; Reithmann DNotZ 1961/3 ff, 4; Lehmann, FamR.,§ 13 III, S.93 ; Dölle Familienrecht Bd. I, § 52 I 1, S. 751; Krüger-Breetzke-Nowak , GleichbG, S. 314; Massfeller-Reinicke, GleichbG, S. 125; Kastrup, a.a.O., S. 26; einschränkend Soergel-Vogel § 1365 Anm. 10; a.A.: Rittner, FamRZ 1961/1 ff, 10; Tiedau, Dt. Notartag 1961, S. 104;
vergl. auch zu § 419: RGZ 134/121 ff, 125; BGHZ 27/257 ff, 260.
(2) Vergl. Laue, a.a.O., S. 66/67.
(3) KGZ, a.a.O.,; BGH DB 1965/551 zu § 419; Staudinger-Felgenträger, § 1365 RdNr. 23.

Der bei einer so weiten Auslegung des Begriffs "Vermögen im ganzen" in der Regel nicht erkennbare Vertragsgegenstand als das gesamte Vermögen des am Rechtsgeschäft beteiligten Ehegatten, kann eine empfindliche Beeinträchtigung der Rechtssicherheit verursachen. Um diesen Un - sicherheiten zu begegnen, hat man sich bemüht, im Wege der Auslegung subjektive Tatbestandsmerkmale in die Norm "hineinzuinterpretieren". Die Skala der hierbei angebotenen Vorschläge reicht von der Forderung nach der Kenntnis des Geschäftsgegners von dem Vertragsgegenstand als das gesamte Vermögen des sich verpflichtenden Ehegatten (1), über die nach der Einigung der Parteien bezüglich des Charakters des Rechtsgeschäfts als eines Gesamtvermögensgeschäfts (2), bis zu der Behauptung, dass das Rechtsgeschäft über das Vermögen im ganzen nicht von seinem objektiven Gegenstand, sondern von dem seitens der Beteiligten vereinbarten Inhalt her zu begreifen sei (3).

Der Streit, welche dieser Meinungen die richtige ist, muss bislang als nicht entschieden gelten (4).

---

(1) So die herrschende subjektive Theorie in Anlehnung an die Auslegung des § 419 BGB, jedoch mit Abwei - chungen untereinander. Vergl. BGH FamRZ 1965/258; OLG Hamm NJW 1960/1460; OLG Frankfurt NJW 1960/2002; OLG Oldenburg FamRZ 1965/273; LG Detmold NJW 1958/ 1729, 1730; Boesebeck DB 1958/1147; Finke MDR 1957/ 514 ff, 515; Fischer NJW 1960/937; Reinicke BB 1960/ 1002 ff, 1003; ders. NJW 1957/ 889 ff, 890; Riedel DRiZ 1963/182 ff, 184; Schulin DRiZ 1959/76 ff, 79; Sichtermann DB 1959/163; Dölle, FamR.,Bd. I, § 52 I 2, S.754; Lehmann, FamR.,S.93 ; Krüger-Breetzke-Nowak, GleichbG, S. 314.

(2) So vorallem Beitzke, FamR., § 13 II 1, S. 74; anders jedoch ders. und wie die h.M. in DB 1961/21.

(3) Rittner FamRZ 1961/1 ff, 2, 10; ihm folgend Tiedau, Dt.Notartag 1961/97,99;ders. MDR 1961/721 ff, 722; Schlegelberger-Gessler, § 105 HGB, Rdnr. 55 a; im Ergebnis ebenso Eppig, a.a.O., S. 61 ff, jedoch mit anderer Begründung,vergl. S.61 Fsnte 1; unklar Koeninger DRiZ 1959/372; Soergel-Vogel, § 1365 Anm.8.

(4) So zu Recht Gernhuber, FamR.,§ 35 II 4, S. 331.

Allein, und das ist ihnen allen zuzugeben, der sog. objektiven Theorie, die § 1365 BGB immer dann angewandt wissen will, wenn der Vertragsgegenstand nur tatsächlich das gesamte Vermögen des verfügenden Ehegatten darstellt, gleichgültig, ob dies der Geschäftsgegner im Einzelfall erkannte oder zumindestens erkennen konnte, kann nicht gefolgt werden (1). Zur Begründung hierfür bedarf es allerdings nicht, wie es zumeist in Anlehnung an die Auslegung des § 419 BGB getan wird (2), eines Zurückgehens auf die Bedürfnisse des Rechtsverkehrs; vielmehr ergibt sich die Anwendungsvoraussetzung der Erkennbarkeit des Vertragsgegenstandes aus der Gesamtregelung der §§ 1365 ff BGB selbst: gemäss § 1366 Abs. 1 BGB ist ein Vertrag, in dem sich ein Ehegatte ohne die erforderliche Einwilligung des anderen zu einer Verfügung über sein Vermögen im ganzen verpflichtet hat, schwebend unwirksam, d.h. die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts ist gesetzlich bedingt durch die Genehmigung des anderen Ehegatten bzw. ihre Ersetzung durch das Vormundschaftsgericht (§ 1365 Abs. 2 BGB). Bis zu dem Eintritt dieser Rechtsbedingung kann sich der Dritte gemäss § 1366 Abs. 2 S. 1 BGB einseitig durch Widerruf von dem Vertrage lösen, es sei denn, dass er das Verheiratetsein seines Vertragspartners gekannt hat (3).

---

(1) Für sie treten ein: Bosch, FamRZ 1958/81 ff, 86; ders. FamRZ 1958/289 ff, 294 u. 376 ff, 377; Lorenz JZ 1959/ 1o5 ff, 1o6; Schulz-Kersting JR 1959/138; Haegele RPfl 1959/4 ff, 5 u. 242 ff, 243; Lauhoff, a.a.O., S. 55 ff; Weimar NJW 196o/2oo2; LG Bremen FamRZ 1959/ 244; LG Berlin FamRZ 1959/64;

(2) Vergl. die auf S.57 , Fsnte. 1 Genannten.

(3) wobei er über § 1412 Abs. 1 BGB davon ausgehen kann, dass sein Vertragspartner im gesetzlichen Güterstand lebt.
Über den Ausschluss des Widerrufsrechts im einzelnen, verg. § 1366 Abs. 2 BGB.

Der Sinn dieser dem § 1o9 BGB ähnlichen Regelung kann es nur sein, den Dritten solange nicht zu binden und an seiner rechtsgeschäftlichen Erklärung festzuhalten, solange nicht auch der paktierende Ehegatte (der Minderjährige) gebunden ist, es sei denn, dass er diese Bindung bewusst in Kauf genommen hat (1).
Mit welcher Berechtigung aber - so muss hier die nächste Frage lauten - kann das Gesetz dem Dritten die Kenntnis von der Zustimmungsbedürftigkeit des Rechtsgeschäfts "unterschieben" und ihn damit an seine Erklärung binden, wenn er zwar das Verheiratetsein seines Geschäftsgegners gekannt, nicht jedoch gewusst hat und auch nicht erkennen konnte, dass die Gegenstände des Vertrages das gesamte Vermögen des sich verpflichtenden Ehegatten bildeten?
Die Antwort hierauf kann nur sein, dass die Gesamtregelung der §§ 1365 ff BGB von der Erkennbarkeit des Vertragsgegenstandes ausgeht; denn nur so erhalten diese Normen einen durchgehend verständlichen Sinn.
Diese Erkennbarkeit ist stets gewährleistet, wenn man mit Rittner (2) nur solche Gesamtvermögensgeschäfte der Vinkulierung unterwirft, bei denen der Inhalt der Parteierklärungen auf eine Übertragung des gesamten Vermögens als solches oder seine Belastung mit einem Niessbrauch gerichtet ist. Für diese Auslegung des § 1365 BGB spricht, dass sie zu wünschenswert klaren Ergebnissen führt und zugleich viele der Schwierigkeiten vermeidet, die die subjektive Theorie mitsichbringt.

---

(1) Vergl. Palandt-Danckelmann § 1o9 Anm. 1.
(2) Rittner, a.a.O..

Ihr ist auch zuzugeben, dass sie den Typ eines besonders gefährlichen Gesamtvermögensgeschäfts erfasst: die Auslegung des Parteiwillens ergibt hier oftmals, dass auch solche Vermögensgüter, die von den Vertragspartnern nicht ausdrücklich ins Auge gefasst worden sind, gleichfalls auf den Erwerber übertragen werden sollen (1).
Dieses Auslegungsergebnis kann jedoch weder mit dem unterschiedlichen Wortlaut der §§ 1365 und 1369 BGB, noch mit dem Aufbau der Norm in ihrem Absatz 1 und erst recht nicht durch einen Vergleich mit den Vorschriften der §§ 31o, 311, 33o, 419, 1o85, 1822 Ziff. 1, § 1444 a.F. BGB so zwingend begründet werden, wie das von Rittner behauptet wird (2). Auch geht es nicht an, sich des in Vergessenheit geratenen gemeinrechtlichen Instituts der "donatio omnium bonorum" im Rahmen der Auslegung des § 1365 BGB wieder zu erinnern; denn der Gedanke der Unentgeltlichkeit der Verfügung über das Vermögen im ganzen findet weder in dieser Vorschrift selbst noch in der Gesamtregelung einen Anhaltspunkt (3), ganz abgesehen davon, dass er dem heutigen Rechtszustand auf dem Gebiete des ehelichen Güterrechts und vorallem den Wertentscheidungen, wie sie durch den gesetzlichen Güterstand und als Teil von ihm durch § 1365 BGB verwirklicht werden sollen, in keiner Weise gerecht werden würde.
Verfehlt ist es auch, wenn diese Meinung für sich heranzieht, dass § 419 BGB früher ähnlich inhaltsbezogen wie etwa § 311 BGB gedeutet worden ist (4) und hieraus entwickelt, dass überhaupt alle Normen des BGB, die auf ihrer Tatbestandsseite von einer Verpflichtung zur Verfügung über das Vermögen im ganzen oder seiner Übertragung

---

(1) Vergl. RG Gruch 66 (1923) S. 219 ff, 221.
(2) Vergl. hierzu im einzelnen die eingehende und m.E. berechtigte Kritik von Mülke AcP 161 Bd., S. 128 ff.
(3) So zu Recht Beitzke JR 1961/342 ff; Riedel DRiZ 1963/182 ff, 183.
(4) So noch RG a.a.O..

oder seiner Belastung mit einem Niessbrauch sprechen, vom Gesetzeswillen her stets nur Rechtsgeschäfte vor Augen haben, bei denen der Inhalt der Parteierklärungen auf eine Verfügung über das Vermögen als solches gerichtet ist (1). Gerade das Gegenteil hat die stets erweiterte Interpretation des § 419 BGB und die in diesem Zusammenhang immer wieder zum Vergleich herangezogene Auslegung des § 311 BGB erbracht: es ist heute eine allseits gebilligte Ansicht, dass tatbestandlich im obigen Sinne gestaltete Rechtssätze das Gesamtvermögensgeschäft bald vom Inhalt der Parteierklärungen her,

---

(1) Hier berührt sich die Argumentation Rittners mit der Eppigs, a.a.O., S. 61 ff: sie sagt, dass für einen Gegenstand, dem das Merkmal "Vermögen im ganzen" anhafte, im Rechtsverkehr besondere gesetzliche Vorschriften gelten würden; der Umstand, dass ein oder mehrere Gegenstände das "Vermögen im ganzen" eines Ehegatten bildeten, sei eine Eigenschaft dieses Gegenstandes. Würde dieser Gegenstand zum Objekt eines Vertrages gemacht, so würde auch diese Eigenschaft zum Vertragsinhalt werden, weil die Vorstellung der Parteien von dem Gegenstand und seinen Eigenschaften unteilbar sei. Für § 1365 BGB habe das zur Folge, dass ein Vertrag über das "Vermögen im ganzen" nur dann vorliege, wenn der Umstand, dass der Gegenstand das gesamte Vermögen des Ehegatten bilde, Vertragsinhalt geworden sei.
Diese Argumentation ist unzutreffend. Denn selbst wenn man ihr noch dahin folgen wollte, dass der besagte Umstand eine Eigenschaft des Gegenstandes sei, so lässt sie eine Begründung dafür vermissen, warum diese Eigenschaft im Rahmen des § 1365 BGB ausdrücklicher Vertragsinhalt werden müsse. Merkmale zur Individualisierung der Geschäftspartei oder des Geschäftsgegenstandes können zum Inhalt der Erklärung gemacht werden, nicht aber besteht hierfür ein Muss; vergl. Lehmann, Allg. T. d. BGB, § 34 III 1 e, S. 264. Vorallem ergibt sich ein derartiges "Muss" nicht aus der Tatsache, dass an Rechtsgeschäfte über das "Vermögen im ganzen" von der Rechtsordnung besondere Folgen geknüpft sind.

bald im gegenstandsbezogenen Sinne verstanden wissen wollen, falls weder der Wortlaut der Norm noch ihr systematischer oder sinngemässer Zusammenhang mit anderen Vorschriften die eine oder andere Auslegungsmöglichkeit ausschliessen.

Wie sehr sich die Erkenntnis dieser alternativen Auslegungsmöglichkeit durchgesetzt hat, beweisen allein schon die Materialien zu § 1365 BGB, denen zufolge sich der dieses Gesetz vorbereitende Ausschuss nicht darüber im klaren war, ob die Vorschrift in dem einen oder anderen Sinne zu interpretieren sei (1).

---

(1) Vergl. Seidl, a.a.O., S.6. Die Kriterien dafür, wann der einen und wann der anderen Auslegungsmöglichkeit der Vorzug zu geben ist, sind heute freilich verschwommen. Hat man früher in etwa gesagt, dass eine Norm nur ein inhaltsbezogenes Gesamtvermögensgeschäft meine, wenn sie den Verfügenden vor Übereilung schützen und ihm die Tragweite eines so inhaltsschweren Geschäfts vor Augen halten wolle, dagegen (auch) ein gegenstandsbezogenes, wenn es darum gehe, die materiellrechtlichen Interessen eines Beteiligten, vorallem aber die eines Dritten zu schützen (vergl. etwa RGZ 94/314 ff, 316), so scheinen diese Kriterien durch die Entscheidung des BGH DNotZ 1957/5o3 ff zu § 1822 Ziff. 1 (§ 1643) BGB ihre Güktigkeit verloren zu haben. Der BGH hat hier gesagt, dass dem § 1822 Ziff. 1 BGB ebenso wie dem § 311 BGB nur ein solches Rechtsgeschäft unterfalle, bei dem der Wille beider Vertragspartner auf eine Verpflichtung zur Übertragung des gesamten gegenwärtigen Mündel- bzw. Kindesvermögens gehe. Dieser Entscheidung ist aber allenfalls im Ergebnis, nicht jedoch in den Gründen zu folgen (vergl. auch die Kritik an ihr von G. u. D. Reinicke, DNotz 1957/5o5 ff, 5o7). Mit den Bedürfnissen des Rechtsverkehrs ist dieses Ergebnis keinesfalls zu halten (so aber der BGH), denn ihnen ist und wird, zumindest im Rahmen des BGB, der Schutz des Geschäftsfähigen und des Minderjährigen stets übergeordnet. Zu rechtfertigen ist diese Entscheidung eventuell unter dem Gesichtspunkt, dass der Mündel (das Kind) durch andere Vorschriften (§§ 18o4 ff, 1821, 1822, 1638 ff, 1643 BGB) weitgehend vor dem Verlust solcher Gegenstände und der Eingehung solcher Verbindlichkeiten geschützt ist, die seine Vermögensinteressen in einem besonderen Masse gefährden könnten, so dass es eines Schutzes vor gegenstandsbezogenen Gesamtvermögensgeschäften generell nicht mehr bedarf.

Legt man diese allgemeine Ansicht der Auslegung des § 1365 BGB zugrunde, so ist Rittner vom Ergebnis her schliesslich doch Recht zu geben: dem Erfordernis der Erkennbarkeit des Vertragsgegenstandes, wie sie die Gesamtregelung der §§ 1365 ff BGB voraussetzt, ist zwar m.E. in gleicher Weise durch die subjektive Theorie wie durch ein inhaltsbezogenes Rechtsgeschäft Genüge getan. Die subjektive Theorie jedoch, die die mangelnde objektive Erkennbarkeit des Vertragsgegenstandes als das gesamte Vermögen einer der Beteiligten durch die einseitige und private Kenntnis des Geschäftsgegners hiervon ersetzt, findet in dem Wortlaut des § 1365 Abs. 1 S. 1 BGB keinen Anhaltspunkt; Rittners Auslegungsergebnis fügt sich hingegen zwanglos in den Text der Norm ein. Mit ihm ist deshalb für die Anwendbarkeit des § 1365 BGB zunächst zu fordern, dass der Inhalt der Parteierklärungen auf die Übertragung des Vermögens im ganzen oder seine Nießbrauchsbelastung bzw. auf die Verpflichtung dazu lautet. Aus dem Inhalt des Vertrages muss sich zumindest im Wege der Auslegung ergeben, dass der Wille der Vertragspartner auf eine Verpflichtung zur Verfügung über das Vermögen im ganzen gerichtet war (1). Sind deshalb in dem Rechtsgeschäft die einzelnen, das Vermögen bildenden Gegenstände aufgezählt, dann greift § 1365 BGB unmittelbar nur ein, wenn aus dem Vertrage zugleich ersichtlich ist, dass er das ganze oder nahezu ganze Vermögen des Ehegatten zum Gegenstand hat (2).

---

(1) Rittner, a.a.O., S. 1o .

(2) Vergl. RGZ 94/314 ff, 316 zu § 1444 BGB a.F..

Im Gegensatz zu Rittner sind jedoch keine grundsätzlichen Bedenken erkennbar, § 1365 BGB im Wege der Analogie auf Tatbestände zu erstrecken, bei denen sich die Erkennbarkeit des Vertragsgegenstandes zwar nicht aus dem Inhalt des Rechtsgeschäfts ergibt, der Dritte jedoch bei Abschluss des Verpflichtungsgeschäfts positiv weiss, dass der Gegenstand (bzw. die Gegenstände) des Vertrages das gesamte oder im wesentlichen gesamte Vermögen des Ehegatten bildet oder zumindest die Verhältnisse kennt, aus denen sich dies ganz eindeutig ergibt (1). Zugleich ist der Verfügungsbegriff von der Übertragung des Vermögens und seiner Belastung mit einem Niessbrauch auf weitere, die Rechtszuständigkeit oder/und den Rechtsinhalt der Vermögensrechte des paktierenden Ehegatten unmittelbar verändernde Rechtsgeschäfte zu erstrecken.

Vom Zweck der Norm her gesehen ist diese Analogie nicht nur gerechtfertigt, sondern auch geboten. Denn einmal muss die von § 1365 BGB bezweckte Sicherung der schuld- oder erbrechtlichen Vermögensbeteiligung des anderen Ehegatten unabhängig vom Parteiwillen verwirklicht werden können (2), zum anderen steht durch die geforderte positive Kenntnis des Dritten bzw. eindeutige Erkenn-

---

(1) So die herrschende subjektive Theorie in "ihrer strengsten Fassung", vergl. BGH FamRZ 1965/258; der Analogieschluss muss trotz des Ausnahmecharakters des § 1365 BGB zulässig sein, weil die Auslegung einer materiell-rechtlichen Vorschrift im inhaltsbezogenen Sinne heute nicht mehr im Einklang mit der allgemeinen Rechtsauffassung steht.

(2) Ganz abgesehen davon, dass neben der Inhaltsbezogenheit in aller Regel eine Gegenstandsbezogenheit einherläuft, so zu Recht Mülke, a.a.O.; Staudinger-Felgenträger, § 1365 Rdno. 16.

barkeit eine übermässige Mehrbelastung des Rechtsverkehrs nicht zu befürchten (1).
Auch tritt diese Analogie nicht in Gegensatz zu dem Grundsatz der Verwaltungs- und Verfügungsfreiheit eines jeden im gesetzlichen Güterstand lebenden Ehegatten (§ 1364 HS. 1 BGB); denn die Ausnahmen, die die gesetzliche Regelung mit den §§ 1365 und 1369 BGB von diesem Grundsatz macht, sind weniger an einem bestimmten Rechtsgeschäftstyp, als vielmehr an der Wirkung bzw. an dem Gegenstand dieser Rechtsgeschäfte orientiert.
Eine zwischen dem Abschluss des Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfts erlangte positive Kenntnis ist nicht beachtlich (2). Wenn das Schwergewicht des § 1365 Abs. 1 BGB auch zweifellos auf dessen S. 2 liegt - der Zweck der Norm, die Erhaltung der Vermögenssubstanz, wird erst durch das Erfüllungsgeschäft (bzw. die mehreren Erfüllungsgeschäfte) vereitelt - , so kann es auf den Zeitpunkt der Vornahme des Verfügungsgeschäfts schon allein deshalb nicht ankommen, weil sich die subjektive Theorie nur in der Analogie zu dem von § 1365 BGB vorausgesetzten inhaltsbezogenem Verpflichtungsgeschäft rechtfertigen lässt (3).

---

(1) Die Grenzen der Analogie würden überschritten, wenn man es für die Anwendung des § 1365 BGB genügen liesse, dass die Unkenntnis des Dritten schlicht - oder grobfahrlässig verschuldet ist. So aber Dölle, Familienrecht, Bd. 1 § 52 I 1, S. 754; ähnlich Fischer, NJW 1960/937 ff, 939u. Mülke, s. Diss.,S. 115 ff, 127 ff, die auf die Kenntnis des Dritten die zu § 990 BGB entwickelten Grundsätze anwenden wollen.
Durch das Abstellen auf die positive Kenntnis des Dritten wird der Nachlässige zwar in gewisser Weise prämiert, so zu Recht Obermüller, BB 1961/649 ff, 650; zu ähnlichen Ergebnissen führen aber auch die Gutglaubenvorschriften des BGB.
(2) Anders BGH NJW 1966/1748 zu § 419 BGB.
(3) Der Zeitpunkt des Erfüllungsgeschäfts könnte jedoch bei sog. "isolierten Verfügungen" massgebend sein, falls die §§ 1365 ff BGB auf sie überhaupt anwendbar sind; dazu vergl. S. 153 ff unten.

III. Die "wirtschaftliche Betrachtungsweise"

Da einerseits das im wesentlichen gesamte Vermögen eines Ehegatten auch durch einen einzelnen Gegenstand von nicht unbedeutendem wirtschaftlichen Wert oder durch ein Sondervermögen gebildet sein kann, andererseits der Verfügungsbegriff des § 1365 BGB nach dem Sinn und Zweck der Norm nicht auf die Übertragung des Vermögens und seine Belastung mit einem Niessbrauch beschränkt bleiben kann, sondern darüberhinaus auch auf jedes andere, die Rechtszuständigkeit oder/ und den Rechtsinhalt unmittelbar veränderndesRechtsgeschäft zu erstrecken ist, eröffnet sich der Vorschrift ein sehr grosses Anwendungsgebiet.
Vergleicht man jedoch die einzelnen denkbaren Gesamtvermögensgeschäfte miteinander im Hinblick auf ihre abstrakte Gefährlichkeit für die potentielle Vermögensbeteiligung des anderen Ehegatten oder gar mit anderen, zustimmungsfreien Rechtsgeschäften, durch die der von § 1365 BGB verfolgte Zweck vereitelt werden könnte, so ergeben sich m.E. sinnwidrige Unterschiedlichkeiten, die die Auslegung der Norm als zu weit geraten erscheinen lassen.
Besteht etwa das nahezu gesamte Vermögen eines Ehegatten aus einem Grundstück, so bedarf er nach dem bisherigen Auslegungsergebnis zur Bestellung einer den Wert des Grundstücks in keiner Weise beeinträchtigenden Dienstbarkeit gleichermassen die Zustimmung des anderen Ehegatten wie zu seiner Veräusserung. Verfügt der Ehegatte daneben über ein nicht unbeträchtliches Bankguthaben, das vielleicht sogar noch aus einer früheren Belastung des Grundstücks herrührt, so könnte es durch § 1365 BGB nicht verhindert werden, dass er das Grundstück zu einem

"Schleuderpreis" an einen Dritten veräussert (1).

Diese unterschiedlichen und m.E. zum Teil auch sinnwidrigen Ergebnisse werden weitgehend vermieden, wenn man mit der h.M. den Anwendungsbereich des § 1365 BGB auf sog. "wertausschöpfende Verfügungen" und hierauf gerichtete Verpflichtungen begrenzt, und in etwa sagt, dass der Vinkulierung nur solche Gesamtvermögensgeschäfte unterfallen sollen, durch die der wirtschaftliche Wert, den die einzelnen Vermögensgegenstände repräsentieren, ganz oder nahezu ganz ausgehöhlt wird (2).
Diese Einschränkung der Norm lässt sich nicht durch eine Orientierung an den Wirkungen der Übertragung des Vermögens oder seiner Belastung mit einem Niessbrauch begründen, also jenen Rechtsgeschäften, die durch § 1365 BGB direkt erfasst werden. Während zwar die Veräusserung des Vermögens einen totalen Verlust des wirtschaftlichen Wertes, den gerade die weggegebenen Vermögensgegenstände vorstellen, herbeiführt, tritt diese Wirkung bei der Niessbrauchbestellung nur in zeitlich und quantitativ beschränktem Umfange ein. Der Niessbrauch wird den Wert

---

(1) § 1365 BGB könnte hier u.U. nur dann eingreifen, wenn Veräusserung und vorherige Belastung in einem wirtschaftlichen und zeitlichen Zusammenhang stehen oder wenn nachgewiesen werden kann, dass diese Rechtsgeschäfte zur Umgehung des § 1365 BGB gewählt worden sind.
Der dem anderen Ehegatten im letzteren Fall eventuell aus § 1375 Abs. 2 BGB gewährte Schutz vermag nicht alle Unbilligkeiten auszugleichen.

(2) So OLG Hamm FamRZ 1959/166 und NJW 1960/1466; BayObLG NJW 1960/821; LG Oldenburg DNotZ 1959/204; LG Bremen FamRZ 1959/244; Palandt-Lauterbach § 1365 Anm. 2; Ermann-Bartholomeyczik § 1365 Anm. 5; Tiedau MDR 1959/81; ders. MDR 1961/721; Staudinger-Felgenträger, § 1365 Rdno. 15; Fischer NJW 1960/937 ff, 939; Lauhoff, a.a.O., S. 67; Merdsche NJW 1958/1729/30; Tubessing, BB 1966/829 ff, 830; wohl auch BGH FamRZ 1966/22; a.A.: LG Detmold NJW 1958/1729/30; Soergel-Vogel, § 1365 RdNr. 13; Rittner FamRZ 1961/1 ff, 9.

des Vermögens in der Hand des Ehegatten in aller Regel nicht erschöpfen (1), sondern lediglich mindern, und diese Wertminderung tritt auch nur während des Bestehens des dinglichen Rechts ein.

Die Restriktion der Norm auf ihren wesentlichen Sinn- und Zweckgehalt ist dogmatisch auch nicht mit der Erwägung zu rechtfertigen, dass Verfügungsgeschäfte, die dem Ehegatten die Vermögenssubstanz und den Vermögenswert weitgehend erhalten, i.d.R. den Grundsätzen einer ordnungsmässigen Vermögensverwaltung entsprechen werden und deshalb die eventuell fehlende Zustimmung des anderen Ehegatten so und so durch das Vormundschaftsgericht ersetzt werden würde. Denn ob z.B. die zur Sicherung eines Kredits beabsichtigte Bestellung einer erstrangigen, den Grundstückswert bei weitem nicht erschöpfende Hypothek diesen Grundsätzen entspricht, richtet sich vornehmlich danach, wie und in wessen Interesse der verfügende Ehegatte das aufgenommene Geld zu verwenden gedenkt.
Die Anwendung des § 1365 BGB auf jedes Verfügungsgeschäft über das Vermögen im ganzen führt jedoch zu einer starken Belastung des Rechtsverkehrs und, infolge des "unbedingten", wenn auch begrenzten Schutzes der potentiellen Vermögensbeteiligung, zu einer überaus grossen Gefährdung der Rechtssicherheit. Die Begrenzung des Anwendungsbereichs des § 1365 BGB auf wertausschöpfende Verfügungen lässt sich nun allerdings hieraus nur rechtfertigen, wenn festgestellt werden kann, dass das Gesetz die Prinzipien der Rechtssicherheit und der Leichtigkeit des Rechtsverkehrs nicht ohne

---

(1) Vergl. BGH a.a.O..

Rücksicht auf das Mass der abstrakten Gefährlichkeit des einzelnen Gesamtvermögensgeschäfts für die potentielle Vermögensbeteiligung des anderen Ehegatten opfern will.

Das aber darf angenommen werden. Allein der Umstand, dass das Gesetz dem anderen Ehegatten keinen umfassenden Schutz vor all denjenigen Handlungen gewährt, die seinen potentiellen Ausgleichsanspruch nachteilig beeinflussen könnten, weist darauf hin, dass § 1365 BGB eine vermittelnde Lösung zwischen den vermögensrechtlichen Interessen des Ehegatten einerseits und den Bedürfnissen des Rechtsverkehrs andererseits treffen will.
Etwas anderes kann auch nicht der Tatsache entnommen werden, dass § 1365 BGB quasi absoluten Schutz in seinen Grenzen gewährt und nicht selbst eine die sich widerstreitenden Interessen ausgleichende Regelung, etwa über den Gutglaubensvorschriften nachgebildeten Bestimmungen, anordnet. Eine so gestaltete Regelung könnte nämlich wiederum nur als gerecht empfunden werden, wenn sie auf das Mass der Beeinträchtigung der berührten Interessen im Einzelfall abstellen, in unserem Falle also danach fragen würde, wie sehr gerade das einzelne Gesamtvermögensgeschäft die Interessen des anderen Ehegatten einerseits und die des Vertragpartners andererseits zu verletzen geeignet ist. Eine derartige gesetzliche Regelung wäre jedoch für die Praxis weitgehend unbrauchbar.
Aus dem umfänglich begrenzten Schutz, den § 1365 BGB gewährt, ergibt sich somit, dass die vermögensrechtlichen Belange des anderen Ehegatten denen des Rechtsverkehrs nicht schlechthin übergeordnet sind (1). Deshalb muss es auch als zulässig angesehen werden, im Wege der Restriktion den Anwendungsbereich der Norm auf Rechtsgeschäfte

(1) Vergl. BGH FamRZ 1965/258.

zu beschränken, die in besonderem Masse die vermögensrechtliche Beteiligung des anderen Ehegatten zu gefährden geeignet sind. Als zweckmässig und vernünftig erscheinendes Kriterium für die Scheidung zwischen zustimmungsbedürftigen und zustimmungsfreien Gesamtvermögensgeschäften, bietet sich hier - mit Rücksicht auf den wirtschaftlichen Zweck des § 1365 BGB - ein Abstellen auf die wertausschöpfende Wirkung des Verfügungsgeschäfts an. Denn Belastungen, die den Wert des Vermögens weitgehend aufzehren, sind der Vermögensveräusserung ähnlich abstrakt gefahrvoll, weil sie - wirtschaftlich gesehen - wie diese im Falle ihrer Entgeltlichkeit zu einer beinahe vollständigen Umsetzung des Vermögens in eine andere Substanz führen.
Diese sog. wirtschaftliche Betrachtungsweise der h.M. als blosses Abgrenzungskriterium begriffen, lässt auch den immer wieder gegen sie erhobenen Vorwurf, dass sie mit einem prinzipiellen Durcheinander von wirtschaftlichen und juristischen Gesichtspunkten arbeite (1), m.E. als unbegründet erscheinen. Denn diese Betrachtungsweise ändert weder etwas am wertneutralen Verfügungsbegriff noch etwas an dem juristischen Vermögensbegriff, wie er § 1365 BGB zugrundeliegt; vielmehr dient sie lediglich dazu, den weit gezogenen Anwendungsbereich der Norm mit Rücksicht auf die ihr widerstreitenden Interessen und Rechtswerte einzugrenzen. Schwierigkeiten bereitet diese Betrachtungsweise nur insofern, als es gilt eine Grenze dafür zu bestimmen, wann ein Verfügungsgeschäft den wirtschaftlichen Wert des Vermögens ganz oder nahezu ganz aushöhlt.

---

(1) So z.B. Gernhuber, Familienrecht, § 35 II 2, S. 329 Fsnt. 3.

Mit mathematischer Genauigkeit wird sich eine Zäsur hier nicht setzen lassen, allein schon deshalb, weil der wirtschaftliche Wert eines Vermögens nur in den seltesten Fällen genau bestimmt werden kann. In der Regel wird es jedoch nicht schwer fallen, eine Wertspanne zu bestimmen, innerhalb derer der objektive Verkehrswert des Vermögens gelegen sein muss. Sofern die Vermögensbelastung die untere Grenze dieser Wertspanne erreicht, wird man ein zustimmungsbedürftiges Gesamtvermögensgeschäft anzunehmen haben.

T e i l : II

Die Anwendbarkeit des § 1365 BGB im Gesellschaftsrecht

A. Allgemeines:

Wenn auch die Auslegung des § 1365 BGB in seinen wesentlichen Teilen bereits weitgehend eine herrschende Meinung gefunden hat, so müssen jedoch die Fragen nach der Anwendbarkeit der Norm im Gesellschaftsrecht bislang als unentschieden gelten.

Soweit sich die Literatur mit diesem Fragenkomplex auseinandergesetzt hat, stehen sich zwei gleichsam extreme Auffassungen gegenüber: unter Verkennung von Sinn und Zweck der Norm, vorallem aber einer Überbewertung seiner rechtspolitischen Aufgabe, ist die eine Ansicht bemüht, die mit einer gesellschaftlichen Beteiligung eines Ehegatten verbundenen Risiken mit Hilfe des § 1365 BGB von der Ehe- und Familiengemeinschaft fernzuhalten. Die ihr konträre Meinung vertritt dagegen im Rahmen des Gesellschaftsrechts eine an wirtschaftlichen Gesichtspunkten orientierte Auslegung des § 1365 BGB, um auf diese Weise den Geltungsbereich der Norm hier möglichst klein zu halten. Den Grund für dieses Vorgehen bieten die Überlegungen, dass zum einen die durch § 1365 BGB ganz allgemein verursachte Beeinträchtigung der Rechtssicherheit im Gesellschaftsrecht nicht geduldet werden könne, zum anderen aber die gesetzlichen Bestimmungen und gefestigten Grundsätze, mit Hilfe derer man sich auf diesem Rechtsgebiet der Unwirksamkeitsfolgen rechtsgeschäftlicher Handlungen erwehrt, nicht ausreichen könnten, um die an § 1365 BGB geknüpften Nichtigkeits-

folgen hier auszuschliessen. So wird etwa für das Personengesellschaftsrecht ausgeführt, dass es sich mit dem Zweck des § 1365 BGB nicht vereinbaren liesse, die durch diese Vorschrift bedingten Unwirksamkeitsfolgen durch das Rechtsinstitut der faktischen Gesellschaft zu beheben (1).
Es ist hiergegen zu Recht darauf hingewiesen worden, dass diese Überlegungen, ihre Richtigkeit unterstellt, nicht dazu berechtigen, dem Anwendungsbereich des § 1365 BGB von vornherein solche Gesamtvermögensgeschäfte zu entziehen, die dem Wortlaut der Norm sowie ihrem Sinn und Zweck unzweideutig unterliegen (2).
Dasselbe, lediglich im umgekehrten Sinne, ist der ersteren Ansicht zum Vorwurf zu machen: eine extensive Interpretation des § 1365 BGB im Rahmen des Gesellschaftsrechts ist auch nicht unter dem Gesichtspunkt vertretbar, dass die Beteiligung eines Ehegatten mit seinem gesamten Vermögen an einer Gesellschaft die wirtschaftliche Grundlage der Familie - bzw. nach der hier vertretenen Ansicht - die potentielle Vermögensbeteiligung des anderen Ehegatten in besonderem Masse zu gefährden geeignet ist. Die Auslegung einer Norm kann nicht bald in einem engeren, bald in einem weiteren Sinne erfolgen, je nachdem, in welchem Umfange die Verwirklichung des Gesetzeszwecks bedroht erscheint.

---

(1) So ausdrücklich Fischer NJW 1960/937 ff, 938; ihm folgend Tubessing BB 1966/829 ff, 832.

(2) Wiedemann, a.a.O., § 10 II 2 a, S. 259.

B. Die Anwendungsfälle des § 1365 BGB im Gesellschaftsrecht

Die denkbaren Anwendungsfälle des § 1365 BGB im Gesellschaftsrecht lassen sich in zwei Gruppen zusammenfassen: es sind dies einmal jene Rechtsgeschäfte, durch die sich ein Ehegatte verpflichtet, gegen den Erwerb eines Gesellschaftsanteils über sein Vermögen im ganzen zu verfügen. Im Vordergrund steht hier die Einbringung des Vermögens in eine Gesellschaft.

Die zweite Gruppe bilden die Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte des Ehegatten über seinen Gesellschaftsanteil, sofern dieser sein gesamtes bzw. nahezu gesamtes Vermögen darstellt.

I. Die Einbringung des Vermögens in eine Gesellschaft

1. Die Zuordnungsformen des Gesellschaftsvermögens und die Notwendigkeit eines Verfügungsgeschäfts

Macht es die Verwirklichung des allen Gesellschaftern gemeinsamen Zwecks erforderlich, dass sie in seinen Dienst besondere Vermögensmittel stellen,dann kann die Frage , wem das gewidmete Vermögen zugeordnet und wie die Mitberechtigung an den einzelnen Vermögensrechten zwischen den Beteiligten und der Gesellschaft selbst verteilt sein soll, auf viererlei Art geregelt sein:
besteht die Gesellschaft aus zwei Personen, so kann zwischen ihnen verabredet sein, dass die Einlage des einen in das alleinige Vermögen des anderen übergehen soll und dass dieser sie zugunsten des gemeinsamen Zwecks zu verwalten hat, wie es dem Bild der stillen Gesellschaft (§ 335 Abs. 1 HGB) entspricht.
Als Formen einer gemeinsamen Zuständigkeit aller Gesellschafter kommen die Gesamthands- und die Bruchteilsge - meinschaft in Betracht.
Als Vermögensträger kann schliesslich auch der Personenverband als solcher bestimmt sein, sofern er von der Rechtsordnung als selbständig neben den einzelnen Gesellschaftern stehendes Rechtssubjekt anerkannt wird; das Gesellschaftsvermögen ist für diesen Fall der juristischen Person selbst und ihr allein zugeordnet (1).

Die jeweilige Zuordnungsform ist nun zunächst von Bedeutung für die Frage, ob mit der Einbringung des Vermögens in die Gesellschaft ein Zuordnungswechsel verbunden ist und demgemäss die Erfüllung der Einlageverpflichtung eine Verfügung des Ehegatten erforderlich macht. In diesem

---

(1) Die Untersuchung der Bedeutung des § 1365 BGB für das Recht der Gesellschaften mit eigener Rechtspersönlichkeit soll auf die Aktiengesellschaft und die Gesellschaft mit beschränkter Haftung begrenzt bleiben.

Zusammenhang ist zugleich zwischen den denkbaren Ausgestaltungen der Einlageverpflichtung zu unterscheiden: neben der regelmässigen Form der Überführung der versprochenen Einlage in das"Eigentum der Gesellschaft" findet sich insbesondere im Personengesellschaftsrecht zuweilen auch die Verpflichtung, der Gesellschaft die Einlage nur zu "wirtschaftlichem Eigentum" oder gar lediglich "zum Gebrauch und zur Nutzung" zu übertragen.

a. Die Einbringung "zu Eigentum" der Gesellschaft

Die regelmässige Form der Einbringung der Einlage "zu Eigentum" der Gesellschaft setzt stets ein Verfügungsgeschäft voraus, gleichgültig, ob das Eigentum an dem eingelegten Vermögen fürderhin dem tätigen Teilhaber einer stillen Gesellschaft oder der Gesellschaft selbst oder allen Gesellschaftern zusammen unter Einschluss des einbringenden Ehegatten zustehen soll.

Für die ersten beiden Fälle einer möglichen Zuordnungsform ist das selbstverständlich. Vorallem kann es dahingestellt bleiben, welcher der lehrmässigen Auffassungen vom Wesen der juristischen Person zu folgen ist (1); denn trotz aller Unterschiedlichkeiten der rechtlichen Konstruktion ist man sich dahin einig, dass der juristischen Person die Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten sein zu können, zumindestens insoweit zukommt, als es sich um ihre Teilnahme am Vermögensverkehr handelt. Ihre Rechtsfähigkeit ist zumindestens eine Vermögensrechtsfähigkeit (2), und sie ist in unserem Zusammenhang allein von Interesse.

Aber auch der rechtsgeschäftliche Übergang des Vermögens des Ehegatten aus seinem Alleineigentum in das Bruchteils- oder Gesamthandseigentum aller Gesellschaf-

---

(1) Vergl. hierzu z.B. den Überblick bei Lehmann, Allg. T. d. BGB, § 6o I 2, S. 436 ff.

(2) Haupt, GesR., § 4 III 3 c, S. 22.

ter (1) kann nur durch ein Verfügungsgeschäft bewirkt werden (2). Denn Bruchteils- und Gesamthandsgemeinschaft ordnen die Rechte an den einzelnen Vermögensgegenständen den Gesellschaftern ungeteilt zu (3), und in diesem Wechsel aus der "Einzelzuständigkeit" des Ehegatten in die "Mehrheitszuständigkeit" (4) der an der Gemeinschaft Beteiligten liegt ein ein Verfügungsgeschäft bedingender Wechsel in der Rechtszuständigkeit.

---

(1) Der Gesellschaftsbegriff i.e.S. schliesst die Möglichkeit einer Vereinbarung, dass das Gesellschaftsvermögen oder einzelne Gegenstände im Bruchteilseigentum der Gesellschafter stehen solle, nicht aus; denn das Wesen der Gesellschaft ist durch den personenrechtlichen Zusammenschluss zur Erreichung eines gemeinsam gesetzten Zwecks bestimmt, nicht durch das Vorhandensein eines in einer bestimmten Weise zugeordneten Gesellschaftsvermögens. Vergl. Hueck R.d. OHG, § 16 I, S. 159; Lehmann Gesellschaftsrecht, § 2 II, S. 1o; Larenz SchR II, § 56 I c, S. 288; Wiedemann a.a.O., § 2 I 2, S. 28.

(2) H. M.: RGZ 84/1o8 ff, 112/113; RGZ 56/96 ff, 99; BGHZ 35/135 ff, 144, für den umgekehrten Fall des Übergangs von Gesamthandseigentum in Alleineigentum; BGH BB 1957/131; Larenz SchR I, § 29 I, S. 338; Schlegelberger-Gessler, a.a.O., § 1o5 Rdnr. 38; Würdinger Gesellschaftsrecht I, § 12 VII 1, S. 63; Glum, a.a.O., S. 7o ff; Kastrup, a.a.O., S. 44;
a.A.: Boesebeck DB 1958/1147, doch missverständlich.

(3) Wiedemann, a.a.O., § 2 I 2, S. 29.

(4) Engländer, Rechtsgemeinschaften I, S. 33/34.

b. Die Einbringung "zu wirtschaftlichem Eigentum" der Gesellschaft

In den Verträgen von Personengesellschaften findet sich zuweilen die Vereinbarung, dass alle oder einzelne Gesellschafter ihre Einlage nur "zu wirtschaftlichem Eigentum" der Gesellschaft zu erbringen haben.
Eine dahingehende Abrede besagt, dass die einzubringenden Gegenstände nach aussen Eigentum des betroffenen Gesellschafters bleiben sollen - eine Übereignung, Auflassung oder Abtretung findet also nicht statt -, dass sie aber im Innenverhältnis wie Eigentum der Gesellschaft zu behandeln sind (Einlage quoad sortem) (1). Das Innenverhältnis kann hierbei verschiedenartig ausgestaltet sein: der jeweilige Gesellschafter kann lediglich verpflichtet sein, den Weisungen der Gesellschaft in Bezug auf Verfügungen über Gegenstände seiner Einlage Folge zu leisten bzw. einen von vertretungsberechtigten Organen der Gesellschaft bereits abgeschlossenen Verfügungsvertrag zu genehmigen, oder aber seine Verpflichtung kann auch dahingehen, die Gesellschaft bzw. ihre vertretungsberechtigten Gesellschafter zu bevollmächtigen oder zu ermächtigen, in seinem Namen oder im Namen der Gesellschaft selbst Veräusserungsverträge über die Gegenstände der Einlage abzuschliessen (2).

---

(1) Vergl. Hueck, R. d. OHG, § 14 II, S. 149 Fsnt. 3; Wieland, a.a.O., § 45 II 3, S. 541/542.
(2) Auch bei der stillen Gesellschaft kann das Innenverhältnis so ausgestaltet sein, dass die Einlage des Stillen nicht in das Eigentum des Tätigen übergehen, sondern dem letzteren nur die Verfügungsmacht über die Gegenstände der Einlage eingeräumt sein soll; vergl. Lehmann, Gesellschaftsrecht, § 29, I 5, S. 164.

Ein jedes so ausgestaltetes Einlageversprechen beinhaltet eine Verpflichtung zur Verfügung über die zu wirtschaftlichem Eigentum zu erbringenden Gegenstände der Einlage. Denn die Zustimmung zu einem von einem Nichtberechtigten getätigten Verfügungsgeschäft ist nach h. M. selbst als Verfügung über die Gegenstände dieses Vertrages zu werten und demgemäss die auf die Einwilligung oder Genehmigung gerichtete Verpflichtung als eine Verpflichtung zur Verfügung (1).
Desgleichen beinhaltet die Vollmachtserteilung zum Zwecke der Verfügung über die Einlage selbst eine Verfügung des Vollmachtgebers, weil sie neben seiner eigenen Verfügungsbefugnis eine konkurrierende des Bevollmächtigten begründet (2). Der Verfügungscharakter der Vollmachtserteilung ist hier zumindest deshalb anzuerkennen, weil davon ausgegangen werden kann, dass die Bevollmächtigung in Erfüllung der Einlageverpflichtung unwiderruflich ist (§ 168 S. 2 BGB); da das Einlageversprechen zur Erreichung des Gesellschaftszwecks abgegeben wird, der Zweck aber allen Gesellschaftern gemeinsam ist, liegt auch die Vollmachtserteilung in ihrer aller Interesse (3).
Enthält die Einbringung der Einlage zu wirtschaftlichem Eigentum der Gesellschaft somit auch stets eine Verfügung oder zumindest Verpflichtung hierzu, so steht es jedoch noch nicht von vornherein fest, ob es in Verfolgung des Gesellschaftszwecks auch tatsächlich zu einer Verfügung über die Gegenstände der Einlage kommt. Ist etwa der Ehegatte gehalten, der Gesellschaft ein sein gesamtes Ver-

---

(1) Vergl. RGZ 90/395 ff, 399; Staudinger-Lehmann, Einl. vor § 1o4 Anm. 68; Lehmann, Allg. T. d. BGB, § 15 II 2 b, S. 115.

(2) Lehmann, a.a.O..

(3) Vergl. v. Thur, a.a.O., Bd. II, 2. Hlfte, S. 4o8; Palandt-Danckelmann, § 168 Anm. 2.

mögen bildendes Grundstück zur Absicherung von Krediten in beliebiger Höhe zur Verfügung zu stellen, so ist hiermit noch nicht gesagt, ob die Gesellschaft von dieser Möglichkeit auch Gebrauch machen wird.
Dieser Umstand kann aber keine Berücksichtigung finden, zumal mangels einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Abrede der Beteiligten die Einlage des Ehegatten im Falle der Auseinandersetzung der Gesellschaft noch zur Masse eingezogen und zur Tilgung der Gesellschaftsverbindlichkeiten verwendet werden kann, die Einlageverpflichtung also im Zweifel dahin auszulegen ist, dass der Ehegatte bei Auflösung der Gesellschaft ebenso wie alle anderen Gesellschafter nur einen Anspruch auf den um seinen Verlustanteil geminderten Wert seiner Einlage haben soll (§§ 735, 738 BGB) (1).
Die Einbringung des Vermögens zu wirtschaftlichem Eigentum der Gesellschaft kann von der Zustimmung nur dann freigestellt werden, wenn i.S.d. sog. wirtschaftlichen Betrachtungsweise die potentielle Verfügung über den Gegenstand der Einlage deren wirtschaftlichen Wert nicht erschöpfen und der Ehegatte für den Fall der Auflösung der Gesellschaft oder seiner Mitgliedschaft seine Einlage in natura, wenn auch gegen Zahlung des auf ihn entfallenden Verlustanteils "herausverlangen" kann. Das ist im obigen Beispiel dann der Fall, wenn die Gesellschaft das Grundstück des Ehegatten nur bis zu einer Höhe belasten darf, die seinen objektiven Verkehrswert nicht aufzehrt. Zwar ist auch dann der totale Verlust der Einlage infolge der Zugriffsmöglichkeit der Gläubiger nicht sichergestellt; es handelt sich insoweit aber um ein

---

(1) Wieland, a.a.O..

Gesamtvermögensgeschäft, das wir mit Hilfe der sog. wirtschaftlichen Betrachtungsweise dem Anwendungsbereich des § 1365 BGB entzogen haben.
Soweit die Gesellschaft hingegen nach der Verpflichtung des Ehegatten seine Einlage frei veräussern darf bzw. den Ehegatten hierzu anweisen kann, liegt stets ein zustimmungsbedürftiges Rechtsgeschäft vor.

c. Die Einbringung "zum Gebrauch oder zur Nutzung" der Gesellschaft

Die Einlageverpflichtung eines Gesellschafters ist zuweilen auch darauf gerichtet, der Gesellschaft bestimmte Gegenstände lediglich zum Gebrauch oder zur Nutzung zu überlassen (Einlage quoad usum) (1). Die Erfüllung einer derartigen Verpflichtung bewirkt, dass die Rechte auf Gebrauch oder Nutzung sowie der Besitz an den Gegenständen der Einlage dem tätigen Teilhaber der stillen Gesellschaft, allen Gesellschaftern gesamthänderisch oder in Bruchteilsgemeinschaft oder der Gesellschaft selbst zustehen (2).

Es wird nun teilweise angenommen, dass als eine Verfügung auch die Besitzüberlassung zum Zwecke des Gebrauchs oder der Nutzung anzusehen ist, so dass die Eingehung einer dahingehenden Verpflichtung, soweit sie das gesamte Vermögen des Ehegatten betrifft, der Zustimmung des anderen Ehegatten gemäss § 1365 Abs.1 S. 1 BGB bedarf (3). Dem kann nicht gefolgt werden; denn die Besitzüberlassung an einen anderen ist kein Verfügungsgeschäft,

---

(1) Im Kapitalgesellschaftsrecht ist diese Form der Einbringung wohl ungewöhnlich, jedoch ohne weiteres vorstellbar und auch zulässig, wenn der Vermögenswert, den das Recht zum Gebrauch oder zur Nutzung vermittelt, in einer festen Rechnungsziffer aktiviert werden kann; vergl. Schilling in Hachenburg, GmbH-Ges., § 5 Anm. 15; Würdinger, GesR. II, § 1o I 3, S. 51.

(2) Nach h.M. ist auch der Besitz ein "Recht" i.S.d. § 741 BGB, vergl. Palandt-Gramm, § 741 Anm. 3.

(3) Staudinger-Lehmann, Einl. vor § 1o4 Anm. 63; v.Thur, a.a.O., Bd. II, 1. Hälfte, § 54, S. 24o Fsnte 22; Soergel-Schultze v. Lassaulx, § 185 Anm. 3; Kemper, a.a.O., S. 69/7o.

wie allein der Umstand beweist, dass den Besitz auch derjenige rechtswirksam übertragen kann, dem keine Verfügungsmacht über die besitzwechselnden Gegenstände zukommt (1).
Es könnte in diesem Zusammenhang nur gefragt werden, ob mit Rücksicht auf den Zweck des § 1365 BGB die Vorschrift auf Tatbestände der Besitzübertragung und den hierauf gerichteten Verpflichtungsvertrag zu erstrecken ist. Aber auch dies ist zu verneinen, selbst wenn man den primären Zweck der Vorschrift in der Sicherung der Vermögensgrundlage der Familie sehen will. Denn die Vermögenssubstanz geht dem Ehegatten mit der Besitzüberlassung nicht ein für allemal verloren, und einen Anspruch auf Erhaltung eines etwaigen Mitbesitzes an dem Vermögen sowie seiner Gebrauchsvorteile und Nutzungen kann der andere Ehegatte aus § 1365 BGB nicht herleiten (2).
Der Analogieschluss verbietet sich darüberhinaus unter dem Gesichtspunkt der durch § 1365 BGB ohnehin in besonderem Masse gefährdeten Rechtssicherheit.

---

(1) Enneccerus-Nipperdey, Bd. I, 2. Hlbd., § 143 II, S. 882; v. Lübtow, AcP 15o. Bd., S. 252 ff, 253; Erman-Finke, GleichbG, § 1365 Anm.3.

(2) So zu Recht Lauhoff, a.a.O., S. 92.

2. Die Einbringung des gesamten Vermögens

Verpflichtet sich ein Ehegatte zur Einbringung einzelner Gegenstände oder eines Bruchteils seines Vermögens in eine Gesellschaft, so ist ein zustimmungsbedürftiges Gesamtvermögensgeschäft nicht schon deshalb anzunehmen, weil er auf Grund seiner Gesellschafterstellung als Komplementär mit dem Rest seines Vermögens den Gesellschaftsgläubigern unbeschränkt haftet (§§ 128, 13o, 161 Abs. 1 HGB, § 278 Abs.1 AktG). Denn mit dem Erwerb einer derartigen Gesellschafterstellung ist keinerlei rechtsgeschäftliche Verpflichtungserklärung des Ehegatten verbunden, über de Vermögensrest zugunsten der Gläubiger der Gesellschaft zu verfügen, weder ihnen selbst noch den übrigen Gesellschaftern gegenüber (1).

Eine andere Beurteilung kann jedoch angezeigt sein, wenn sich der Ehegatte etwa im Gesellschaftsvertrag neben der Einlage zur Erbringung von Nachschüssen, Neben- und Sonderleistungen verpflichtet (§§ 3 Abs. 2, 26 ff GmbHG, § 55 AktG) und die Erfüllung der Gesamtheit der übernommenen Pflichten die Aufwendung seines gesamten Vermögens nötig machen würde.
Soweit derartige Nebenleistungspflichten mit und neben der Einlageverpflichtung begründet werden und alle Verpflichtungen zusammen auf eine Verfügung über das im wesentlichen gesamte Vermögen des Ehegatten gerichtet sind (2), ist der objektive Tatbestand eines Gesamtvermögensgeschäfts der in § 1365 Abs.1 S. 1 BGB bezeichneten Art

(1) Für die Berücksichtigung dieser Haftungsgefahr Eiselt, JZ 196o/562.

(2) Infolge dieses Erfordernisses für die Anwendbarkeit des § 1365 BGB ist die Fallgestaltung in der Praxis allerdings kaum denkbar.

erfüllt; der Umstand, dass hier die Erfüllung der Nebenleistungspflichten lediglich bedingt bzw. betagt ist, kann den Charakter dieses Rechtsgeschäfts als eines einheitlichen Gesamtvermögensgeschäfts nicht verändern.

Zweifelhaft ist es dagegen, ob die Eingehung der Einlageverpflichtung auch dann bereits als ein Gesamtvermögensgeschaft zu werten ist, wenn der Gesellschaftsvertrag lediglich die Möglichkeit der Begründung späterer Verpflichtungen der Gesellschafter vorsieht -wie es etwa bei einer vereinbarten Nachschusspflicht der Fall ist, die erst mit einem hierauf gerichteten Gesellschafterbeschluss zur Entstehung gelangt (§ 26 Abs. 1 GmbHG) - und der Ehegatten-Gesellschafter im Falle der Begründung dieser zusätzlichen Verpflichtung der Gesellschaft sein gesamtes Restvermögen zu übereignen hätte.

Die Möglichkeit einer Erweiterung der Gesellschafterpflichten besteht nun generell, wenn es auch in den Fällen, in denen der Gesellschaftsvertrag dies nicht ausdrücklich vorsieht, eines die Satzung abändernden Beschlusses bedarf (§ 707 BGB, §§ 119 Abs.1, 161 Abs.2 HGB, § 179 Abs. 1 AktG, § 53 Abs. 3 GmbHG) (1). Sollte der Ehegatte hieraus zu einer Verfügung über sein gesamtes Restvermögen -von seinem Gesellschaftsanteil abgesehen- zugunsten der Gesellschaft verpflichtet sein, so sind gegen seine Mitwirkung an diesem Beschluss aus § 1365 BGB grundsätzlich keine Bedenken herzuleiten, falls der wirtschaftliche Wert seines bisherigen Geschäftsanteils nicht hinter

---

(1) Einer Änderung des Gesellschaftsvertrages bedarf es jedoch nicht, wenn Beiträge nachgefordert werden, um den sachlich und wirtschaftlich von vornherein begrenzten Gesellschaftszweck zu erreichen; dann liegt keine unzulässige Erhöhung der Beiträge vor (so BGH WM 1961/32) bzw. überhaupt keine Erhöhung (so Fischer in BGB-RGRKom., § 707 Anm. 1).
A.A. wohl Hueck, R.d.OHG, § 15 IV, S. 152.

dem Verkehrswert seines Restvermögens vollkommen in den Hintergrund tritt.

Zu der bereits satzungsmässig vorgesehenen Möglichkeit der Erweiterung der Gesellschafterpflichten oder der des Ehegatten allein kann jedoch ein erheblicher Unterschied bestehen, und zwar dann, wenn die ursprüngliche Einlagepflicht und ihre potentielle Erweiterung in einem so engen, sachlichen und wirtschaftlichen Zusammenhang stehen, dass sie für einen objektiven und mit den Verhältnissen vertrauten Beobachter als ein einheitlicher Lebensvorgang erscheinen. Bringt etwa der Ehegatte einen sachlichen Teil des sein gesamtes Vermögen bildenden Unternehmens in die Gesellschaft mit der Vereinbarung ein, dass die Übernahme des ihm zunächst verbleibenden Teils zu einem späteren Zeitpunkt von den Gesellschaftern bestimmt werden soll, dann erscheint die Eingehung der Einlageverpflichtung als der erste Schritt zur Verwirklichung eines vom Ehegatten beabsichtigten Gesamterfolges.

Das Eingreifen des § 1365 BGB ist hier nicht erst für das letzte, den Vermögensrest ergreifende Rechtsgeschäft zu fordern, sondern für jedes einzelne Teilgeschäft, das der Durchführung der Gesamtverfügungsabsicht des Ehegatten dient(1). Vom Zweck des § 1365 BGB her gesehen kann

---

(1) Im Ergebnis ebenso die h.M.; die Voraussetzungen für das Eingreifen des § 1365 BGB sind jedoch im einzelnen bestritten. Vergl. OLG Hamm NJW 1960/1466; Bärmann AcP 157. Bd.,S. 163; Koeninger DRiZ 1959/272; Lauhoff, a.a.O.,S. 44; Glum, a.a.O., S.46 ff;Kastrup, a.a.O., S. 26 ff; Staudinger-Felgenträger, § 1365 Rdnr. 30; Palandt-Lauterbach, § 1365 Anm. 2; Soergel-Vogel, § 1365 Rdnr. 11; zu weitgehend Ollig, a.a.O., S. 125, der auch Sukzessivverträge, die unter sich nur in einem losen Zusammenhang stehen, der Vinkulierung unterwerfen will.
A.A. Obermüller BB 1961/649.
Zu dieser Problematik bei § 419 BGB vergl. RGZ 123/52 ff, 54.

es keinen Unterschied bedeuten, ob die Umschichtung des Ehegatten-Vermögens, wie sie die Vorschrift vermieden wissen will, in Erfüllung eines einzelnen oder mehrerer Verpflichtungsgeschäfte bewirkt wird, falls sich nur die mehreren Verpflichtungen als die sukzessive Herbeiführung eines beabsichtigten Gesamterfolges darstellen.

Würde man nur das "letzte Rechtsgeschäft" für zustimmungsbedürftig erklären, so könnte zudem die schrittweise Umsetzung des gesamten Vermögens auf Grund mehrerer Verpflichtungsgeschäfte vom verfügenden Ehegatten leicht zu der stets schwer nachweisbaren Umgehung des § 1365 BGB benutzt werden.

3. Die Einlageverpflichtung

a. Die gegenständliche Fixierung der Einlageverpflichtung

Der Ehegatte, der als Mitgründer einer Gesellschaft in der Satzung eine bestimmte Anzahl von Aktien oder eine Stammeinlage bzw. im Gesellschaftsvertrag den vereinbarten Beitrag übernimmt (§ 23 Abs. 2 AktG, § 3 Abs.1 Ziff. 4 GmbHG, § 705 BGB, §§ 105 Abs. 2, 161 Abs. 2 HGB i.V.m. § 705 BGB), gibt hiermit eine an die übrigen Gründer gerichtete Erklärung ab, mit der übernommenen Einlage Mitglied der Gesellschaft werden zu wollen sowie die Verpflichtungserklärung, die auf die Einlage geforderten Gegenstände oder Leistungen zu erbringen (1).

Soweit der Ehegatte eine Sacheinlage übernimmt, wird sein Versprechen in aller Regel eine gegenständlich fixierte Verpflichtung beinhalten, wie sie die Anwendung des §1365 Abs. 1 S. 1 BGB voraussetzt. Lautet hingegen die Verpflichtungserklärung auf Übereignung eines Bargeldbetrages und muss der Ehegatte zu ihrer Erfüllung das sein gesamtes Vermögen bildende Barguthaben aufwenden, so unterliegt das Rechtsgeschäft der Vinkulierung nur, wenn nach dem Vertragsinhalt die Einlageverpflichtung gerade durch die Übertragung dieses Guthabens erfüllt werden soll (2).
An diesem Erfordernis bei der Geldeinlage wird die Anwendung des § 1365 BGB oftmals scheitern. Der Umstand jedoch, dass sich die Gründer in der Regel vor der Abgabe verbindlicher Erklärungen ihrer gegenseitigen Vermögensverhältnisse vergewissern und den Nachweis der Zahlungsfähigkeit

(1) Vergl. Lobedanz, a.a.O., § 28 II, S. 130.
(2) Siehe S. 49 oben.

und Liquidität des einzelnen Beteiligten fordern, wird dennoch weit häufiger als bei gewöhnlichen Verkehrs- und Umsatzgeschäften das Versprechen zu einer gegenständlich fixierten Verpflichtungserklärung werden lassen.

Das Erfordernis der gegenständlichen Fixierung der Verpflichtung ist entbehrlich bzw. ihm ist zugleich Genüge getan, wenn nach dem Inhalte des Vertrages das Einlageversprechen des Ehegatten auf eine Verfügung über sein gesamtes Vermögen gerichtet ist. Fehlt es hingegen an einem derart inhaltsbezogenem Einlagegeschäft und dies wird fast immer der Fall sein- dann muss zu der gegenständlichen Fixierung der Verpflichtung die Kenntnis des Geschäftsgegners von der Einlage des Ehegatten als dessen gesamtes Vermögen oder zumindest jedoch die unzweideutige Erkennbarkeit dieses Umstandes hinzutreten. Sofern erst die Summe der übernommenen Einlage- und Nebenverpflichtungen den Ehegatten zu einer Verfügung über sein beinahezu gesamtes Vermögen zwingen oder sich das Einlageversprechen als Teilverwirklichung einer vom Ehegatten beabsichtigten Gesamtvermögensverfügung darstellt, müssen den Beteiligten auch diese Umstände bekannt sein.

Die Feststellung dieser Erfordernisse im Einzelfall macht zunächst die Bestimmung der Vertragspartner des Ehegatten vonnöten. Insbesondere bei dem Erwerb einer bereits bestehenden Mitgliedschaft kann diese Frage Schwierigkeiten bereiten.

b. Die Beteiligten des Verpflichtungsgeschäfts

Soweit ein Ehegatte sich zur Hergabe seines Vermögens gegen Empfang einer bereits bestehenden Mitgliedschaft verpflichtet und dieses Rechtsgeschäft zu seiner Wirksamkeit weder der Zustimmung oder Mitwirkung der Gesellschaft noch der der übrigen Gesellschafter bedarf, bietet die Behandlung derartiger Fälle keine Besonderheiten. Dieses Gesamtvermögensgeschäft, das etwa den "Ankauf" eines Aktienpaketes oder eines frei veräusserlichen Geschäftsanteils an einer GmbH (§ 15 Abs.1 GmbHG) gegen die Verpflichtung des Ehegatten zu einer Verfügung über sein gesamtes Vermögen zum Inhalt hat, erstreckt sich lediglich auf den veräussernden Gesellschafter und den Ehegatten und beurteilt sich demgemäss allein nach den zwischen ihnen getroffenen Vertragsabreden (1).
Diese Vertragsabreden können aber auch allein massgebend sein bei dem Erwerb einer nach dem Gesellschaftsvertrag einer Personengesellschaft frei veräusserlichen Mitgliedschaft (Abbedingung des § 719 Abs. 1 HS. 1, 1. Altn. BGB i. Verb. m. §§ 105 Abs. 2, 161 Abs. 2 HGB). Die h. M. deutet eine derartige Gesellschaftsvereinbarung dahin, dass jeder Beteiligte zur Übertragung seiner Mitgliedschaft befugt sein soll, mit der Folge, dass diese mit allen Rechten und Pflichten auf den Empfänger übergeht; zum vollständigen Eintritt des Erwerbers der Mitgliedschaft in die Rechtsstellung des scheidenden Gesellschafters fordert die h.M. jedoch zusätzlich einen

---

(1) Der veräussernde Gesellschafter handelt hierbei in keiner Weise zugleich für die Gesellschaft, etwa dahingehend, dass er mit dem Erwerber einen Vertrag mit dem Ziel seiner Aufnahme in den Personenverband abschliesst.

Aufnahmevertrag zwischen allen Gesellschaftern einerseits und dem Neueintretenden andererseits, wobei allerdings der ausscheidende Gesellschafter durch die Bestimmung der freien Veräusserlichkeit seiner Beteiligung zugleich ermächtigt oder bevollmächtigt sein kann, diesen Aufnahmeantrag für die Restgesellschafter mitabzuschliessen (1).

Der Forderung der h.M. nach einem zusätzlichen Aufnahmevertrag ist jedoch erneut mit gewichtigen Argumenten widersprochen worden (2). Es ist überzeugend dargelegt worden, dass die Annahme einer echten Rechtsnachfolge des Erwerbers in die Mitgliedschaft des scheidenden Gesellschafters und das Verlangen nach einem Aufnahmevertrag unvereinbare Gegensätze bilden. Denn da Geschäftsanteil und Mitgliedschaft untrennbar mit der Zugehörigkeit zur Gesellschaft verbunden sind, kann ihre Übertragung, für den Fall der Annahme ihres Fortbestandes, die Mitgliedschaft des Erwerbers mit allen Rechten und Pflichten nur unmittelbar begründen. Bejaht man die Möglichkeit einer echten Rechtsnachfolge auch im Recht der Personengesellschaften - und dies tut die h.M. - dann kann es eines zusätzlichen Aufnahmevertrages nicht bedürfen. Denn was sollte sein Gegenstand sein?
Fordert man hingegen diesen Aufnahmevertrag als zusätzliches Element des vollständigen Rechtsübergangs, dann kann Gegenstand des Übertragungsaktes nicht die Mitgliedschaft des scheidenden Gesellschafters als solche sein, sondern lediglich die Gesamtheit seiner vermögensrecht-

---

(1) Vergl. BGHZ 13/179; BGH NJW 1958/668; Hueck R.d. OHG, S. 288 ff, 29o, 291; unklar ders. ZHR 83/1 ff, 24, 25; Düringer-Hachenburg, HGB, Bd. II, 2. Hälfte, § 13o Anm. 7;
(2) Wiedemann, a.a.O., S. 58/59; vergl. auch Lehmann, GesR., § 22 I 1, S. 137/138; Fischer in BGB-RGRK, § 736 Anm. 5; Staudinger-Felgenträger, § 1365 Rdnr.66!

lichen Bezüge, die mit dem Aufnahmevertrag wieder zu einer vollen Mitgliedschaft, unter gleichzeitigem Fortfall der des scheidenden Gesellschafters, ergänzt wird. Beide Möglichkeiten der Übertragung einer "Mitgliedschaft" sind möglich und denkbar, und es ist Sache der Auslegung des Einzelfalls, welche mit der im Gesellschaftsvertrag bestimmten "freien Veräusserlichkeit" der Beteiligung gemeint ist. Sofern diese Auslegung eine Übertragung im Sinne einer echten Rechtsnachfolge ergibt, ist in unserem Zusammenhang von Bedeutung, dass sich diese Abtretung und das ihr zugrundeliegende Verpflichtungsgeschäft wiederum allein zwischen dem der Gesellschaft beitretenden Ehegatten und dem scheidenden Gesellschafter vollzieht.

Sind Gegenstand des Abtretungsvertrages dagegen lediglich die vermögensrechtlichen Ansprüche des veräussernden Gesellschafters, die mit dem Aufnahmevertrag in eine volle Mitgliedschaft zurückverwandelt werden, dann beinhalten diese Rechtsvorgänge in Wahrheit zwei Gesamtvermögensgeschäfte: zunächst erfolgt der Erwerb der vermögensrechtlichen Bezüge von Seiten des Ehegatten gegen eine Verfügung über sein gesamtes Vermögen zugunsten des abtretenden Gesellschafters. Dieses Rechtsgeschäft entfaltet Rechtswirkungen nur zwischen den an der Abtretung Beteiligten. Sodann werden mit dem Aufnahmevertrag diese Ansprüche, die nunmehr das gesamte Vermögen des Ehegatten darstellen, in die Gesellschaft unter Ergänzung in eine vollwertige Mitgliedschaft eingebracht. Partner dieses Gesamtvermögensgeschäfts sind der eintretende Ehegatte einerseits und die Gesamtheit der übrigen Gesellschafter unter Einschluss des ausscheidenden andererseits, wobei jedoch die Restgesellschafter durch den verfügenden Mitgesellschafter vertreten sein können.

Da es sich bei dem Aufnahmevertrag nicht um ein Geschäft der Personengesellschaft selbst, sondern um ein solches der Gesellschafter handelt (1), haben sich die Altgesellschafter die Kenntnis eines von ihnen i.S.d. zu § 1365 BGB anzuwendenden subjektiven Theorie nicht zurechnen zu lassen (2), es sei denn, dass der scheidende Gesellschafter zugleich in Vertretung der Restgesellschafter gehandelt hat und er die für die Abtretung der vermögensrechtlichen Ansprüche empfangene Gegenleistung als das gesamte Vermögen des Ehegatten erkannte bzw. eindeutig erkennen konnte; dann war ihm dies auch hinsichtlich der abgetretenen Gläubigerrechte bekannt, und seine Kenntnis haben sich die Restgesellschafter über § 166 Abs. 1 BGB zurechnen zu lassen.

Allerdings macht die Kenntnis eines Gesellschafters gemäss § 139 BGB, der auch im Falle der Beteiligung mehrerer Personen auf einer Vertragsseite eingreift (3), in der Regel den gesamten Aufnahmevertrag unwirksam.

Das Vorliegen zweier Gesamtvermögensgeschäfte kann zu der -wenn wohl auch mehr theoretischen- Besonderheit führen, dass der Erwerb der vermögensrechtlichen Ansprüche gegen Hergabe des gesamten Vermögens wirksam, der Aufnahmevertrag und damit die Begründung der Mitgliedschaft jedoch infolge der zwischenzeitlich durch einen der Altgesellschafter erlangten Kenntnis und der mangelnden Zustimmung des anderen Ehegatten unwirksam ist. Der Ehegatte ist für diesen Fall Inhaber der vermögensrechtlichen Bezüge, nicht jedoch Mitglied der Gesell-

---

(1) BGH NJW 1958/668; Düringer-Hachenburg, a.a.O., § 130 Anm. 2; das gleiche gilt, wenn der Beitritt des Ehegatten ein zusätzlicher ist.

(2) Vergl. BGH BB 1959/318; BGH NJW 1961/1022.

(3) RGZ 141/104 ff, 108; BGHZ 3/206 ff, 209; Krüger-Nieland in BGB-RGRKom.,§ 139 Anm. 10.

schaft (1).
Die gleiche Rechtslage kann sich bei dem Erwerb einer Mitgliedschaft im Wege der Erbfolge ergeben, wenn nach dem Vertrage der Gesellschaft, der der Erblasser angehörte, dem erbenden Ehegatten das Recht eingeräumt ist, durch eine einseitige, an die Restgesellschafter oder die Gesellschaft selbst gerichtete Erklärung mit ihnen an der Stelle des Erblassers die Gesellschaft fortzusetzen (sog. Eintrittsklausel), der"ererbte Geschäftsanteil" das im wesentlichen gesamte Vermögen des Ehegatten darstellt und er von diesem Eintrittsrechte Gebrauch macht. Diesen Vorgang hat man sich nämlich so vorzustellen, dass der Ehegatte mit dem Erbfall Inhaber eines gegen die Gesellschaft gerichteten Abfindungsanspruchs wird, den er durch die einseitige Erklärung wieder in die Gesellschaft einbringt und der sich hierdurch in eine Mitgliedschaft zurückverwandelt (2). Die einseitige Erklärung bedeutet hierbei die Annahme eines von den übrigen Gesellschaftern oder der Gesellschaft selbst zum Abschluss eines Aufnahmevertrages bereitgehaltenen Angebots. Bildet das ererbte Abfindungsguthaben das nahezu gesamte Vermögen des Ehegatten, so beinhaltet der Aufnahmevertrag ein gemäss § 1365 BGB zustimmungsbedürftiges Rechtsgeschäft. Ist es infolge der mangelnden Zustimmung des anderen Ehegatten und des Vorliegens der Voraussetzungen der subjektiven Theorie unwirksam, so führt dies wiederum dazu, dass der Ehegatte Inhaber des Abschichtungsanspruchs, nicht aber Mitglied der Gesellschaft ist.

---

(1) Da der Aufnahmevertrag zugleich eine Abänderung des ursprünglichen Gesellschaftsvertrages bewirkt, wäre auch die Abänderung unwirksam und die fehlerhafte Gesellschaft wie eine fehlerfreie aufzulösen, wenn die Grundsätze der "faktischen Gesellschaft" auf die durch § 1365 BGB bedingte Fehlerhaftigkeit anzuwenden sind (hierzu vergl. S. 19o ff unten). Baumbach-Duden, HGB, § 1o5 Anm. 8 I,geben hier den Altgesellschaftern ein Recht auf Wiederherstellung des früheren Vertrages.

(2) Siebert, Gesellschaftsvertrag und Erbrecht bei der OHG, 3. Aufl., S. 13.

c. Der Zeitpunkt der Begründung der Einlageverpflichtung

Da die Voraussetzungen der subjektiven Theorie bei Abschluss des Verpflichtungsgeschäfts gegeben sein müssen (1), durch das sich der Ehegatte anlässlich der Gründung einer Gesellschaft oder seines Beitritts zu einer Verfügung über sein Vermögen im ganzen verpflichtet, gilt es hier Besonderheiten des Gesellschaftsrechts zu beachten.

Einer Gesellschaftsgründung, aber auch der Aufnahme weiterer Gesellschafter gehen in der Regel Verhandlungen der Beteiligten voran, die nicht zuletzt dem Zwecke dienen, die für die Durchführung des Gesellschaftszwecks erforderlichen Vermögensmittel sicherzustellen. Sofern sich im Einzelfall feststellen lässt, dass sich derartige Vorverhandlungen zu einem echten Vorgründungs- oder einem die Aufnahme des Ehegatten hinreichend bestimmenden Vorvertrag verdichtet haben, ist in ihnen das gemäss § 1365 Abs. 1 S. 1 BGB zustimmungsbedürftige Rechtsgeschäft zu suchen.
Die Annahme eines derartigen Vorvertrages ist allerdings nur gerechtfertigt, wenn ihm nicht nur die Verpflichtung des Ehegatten, sondern der gesamte Inhalt des endgültigen Gesellschafts- oder Aufnahmevertrages hinreichend genau entnommen werden kann und er auch den an diese gestellten Formerfordernissen entspricht (2).

---

(1) Siehe S.64 oben.

(2) Baumbach-Duden, HGB, § 105 Anm. 2 H; Düringer-Hachenburg, HGB, Bd. II, 1. Hälfte, Anm. 368 a, S. 393; Hachenburg-Schilling, GmbHG, § 2 Anm. 16; Teichmann-Kohler, § 16 Anm. 7.

Ein gültiger Vorvertrag begründet in der Regel eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, deren Zweck darauf gerichtet ist, die Gesellschaft in der vereinbarten Weise ins Leben zu rufen bzw. die Aufnahme des Beitrittssuchenden herbeizuführen und die für die Beteiligten die Verpflichtung begründet, in der endgültigen Satzung die versprochene Einlage zu übernehmen (1).
Im Hinblick auf die zu § 1365 BGB vertretene subjektive Theorie kann die Feststellung eines verbindlichen Vorvertrages insofern von Bedeutung werden, als eine erst nach Abschluss dieses Vertrages erlangte Kenntnis des oder der Beteiligten den Ehegatten für die Eingehung des endgültigen Gesellschafts- oder Aufnahmevertrages nicht mehr an die Mitwirkung des anderen Ehegatten bindet.

(1) Zu unterscheiden ist die Vorgründergesellschaft von dem sog. Vorgründerverein, wie er z.B. mit der Übernahme aller Aktien durch die Gründer einer Kapitalgesellschaft entsteht (§ 29 AktG); seine Rechtsform ist umstritten.

4. Die "wirtschaftliche Betrachtungsweise" bei der Einbringung des Vermögens in eine Gesellschaft

Mit Rücksicht auf die Grundsätze der Rechtssicherheit und der Leichtigkeit des Rechtsverkehrs ist der Anwendungsbereich des § 1365 BGB auf solche Verfügungs- und ihnen zugrundeliegenden Verpflichtungsgeschäfte einzuengen, durch die der in den Vermögensgegenständen gelegene wirtschaftliche Wert ganz oder nahezu ganz aufgezehrt wird (1).
Mit Hilfe dieser sog. wirtschaftlichen Betrachtungsweise, zumeist freilich in einem anderen Sinne verstanden (2), ist oftmals der Versuch unternommen worden, die Rechtsgeschäfte der Einbringung des Vermögens in eine Gesellschaft von der Vinkulierung des § 1365 BGB freizustellen. Ob und gegebenenfalls inwieweit dies möglich ist, soll im folgenden untersucht werden.

---

(1) Siehe S.66 ffoben.
(2) Der Begriff "wirtschaftliche Betrachtungsweise" wird hier zumeist in Anlehnung an das Steuerrecht verwendet, der in diesem Rechtsgebiet besagt, dass für die steuerliche Relevanz eines Vorganges nicht immer die rechtliche Lage, sondern der wirtschaftliche Erfolg entscheidet (vergl. § 5 StAnpG).

a. Die Einbringung des Vermögens in eine Kapitalgesellschaft

Die Erfüllung einer vom Ehegatten anlässlich der Gründung oder seines Beitritts zu einer Kapitalgesellschaft übernommenen Verpflichtung, sein gesamtes Vermögen in die Gesellschaft einzulegen, bewirkt den unmittelbaren Übergang der Vermögensgegenstände in den alleinigen Zuständigkeitsbereich der Gesellschaft; spätestens jedoch geht die vor Eintragung der Gesellschaft bereits erbrachte Einlage mit der Entstehung der juristischen Person, der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister (§ 41 Abs. 1 S. 1 AktG n.F., § 11 Abs. 1 GmbHG), in deren Vermögensbereich über, ohne dass es weiterer Übertragungsakte bedarf (1). Gewissermassen als Gegenleistung erhält der einzelne Gesellschafter einen "Unternehmensanteil", verkörpert in einer bestimmten Anzahl von Aktien bzw. einem gutgeschriebenen Geschäftsanteil.

Mit der Erwägung, dass der Ehegatte, der etwa das sein im wesentlichen gesamte Vermögen bildende Handelsgeschäft in die Gesellschaft einbringt, auf dem Umweg über die Mitgliedschaft wirtschaftlich (Mit-)Inhaber des Handelsunternehmens bleibe, kann dieses Rechtsgeschäft, auch nicht im Hinblick auf die zu § 1365 BGB vertretene wirtschaftliche Betrachtungsweise von der Vinkulierung freigestellt werden (2).Denn diese Beteiligung des Kapitalgesellschafters am

---

(1) So die wohl herrschende Einheits- oder Identitätstheorie, vergl. Fischer in Grosskom.-AktG, § 34 Anm. 3 ff; Scholz, GmbHG, § 11 Anm. 8; RGZ 58/55 ff, 56; RGZ 105/228 ff, 230;
a.A.: Baumbach-Hueck, AktG, § 34 Anm. 1; Brodmann, AktG, § 200 Anm. 1 a u. b.

(2) So allerdings Reinicke, BB 1960/1002 ff, 1004, der hiervon nur eine Ausnahme machen will, wenn der Ehegatte eine Beteiligung erhält, die in keinem sachgemässen Verhältnis zu seiner Einlage steht; gegen ihn die ganz h.M., neuerdings Haegele, GmbH Rdschau 1965/187 ff, 189.

Gesellschaftsvermögen vermittelt ihm auf keinen Fall eine dingliche Mitberechtigung an den einzelnen Vermögensgegenständen; sie sind einzig und allein der Gesellschaft als solcher zugeordnet (1). Ist aber mit der Erfüllung der Einlageverpflichtung ein vollständiger Verlust der Zuordnung der Rechte an den die Einlage bildenden Gegenständen verbunden, dann kann es hier auch dahingestellt bleiben, ob die vermögensrechtliche Seite der Mitgliedschaft eines Kapitalgesellschafters ein Wertanteilsrecht am Gesellschaftsvermögen gewährt, wie dies zuweilen angenommen wird (2); desweiteren kann es auch nicht darauf ankommen, ob der dem Ehegatten zustehende Geschäftsanteil eine gleichwertige Gegenleistung für das von ihm eingelegte Vermögen darstellt (3). Denn das von § 1365 BGB angestrebte Ziel der Erhaltung des Vermögenswertes in Form der rechtlichen Erhaltung der Vermögenssubstanz, ist mit der Einbringung des Vermögens zu Eigentum der juristischen Person restlos vereitelt. Die wirtschaftliche Betrachtungsweise hier bemühen zu wollen, wäre verfehlt, da ihre Anwendung nichts anderes als eine unzulässige Berücksichtigung der Gegenleistung bedeuten würde (4).

---

(1) Vergl. Hueck, GesR., § 22 II 1/2, S. 114; Scholz, GmbHG, § 14 Rdnr. 2; Wiedemann, a.a.O., S. 4o und 54 ff.

(2) So z.B. Würdinger, AktR., § 9 II 1 a, S. 39. Vergl. hierzu auch S.127 ff unten.

(3) Ob hiervon eine Ausnahme zu machen ist, wenn das vom Ehegatten eingelegte Vermögen in einem Barguthaben besteht, soll weiter unten behandelt werden; vergl.S. 115 ff unten.

(4) Vergl. auch Rittner, FamRZ 1961/ 1 ff, 17; ders. in Dt. Notartag 1961 S. 138.

b. Die Einbringung des Vermögens in eine Personengesellschaft

Besonders im Recht der Personengesellschaften, bei denen das dem Gesellschaftszweck gewidmete Vermögen den Gesellschaftern gesamthänderisch oder in Bruchteilsgemeinschaft zusteht, ist vielfach der Versuch unternommen worden, mit Hilfe einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise das Einlagegeschäft dem Anwendungsbereich des § 1365 BGB zu entziehen.
Man sagt in etwa, dass dem Ehegatten sein eingebrachtes Vermögen in einer anderen rechtlichen Ausgestaltung, nämlich in der Form der gesamthänderischen Mitberechtigung bzw. den Anteilen an den in Bruchteilgemeinschaft stehenden Vermögensgegenständen verbleibe, undda diese Mitberechtigung und diese Anteile sich nicht als ein Entgelt für das eingebrachte Vermögen darstellen würden, könne § 1365 BGB keine Anwendung finden (1). Die meisten Vertreter dieser Ansicht berufen sich hierfür auf ein zu § 419 BGB ergangenes Urteil des Bundesgerichtshofes (2), in dessen Gründen das Gericht ausführt, dass eine Personengesellschaft, bei deren Errichtung ein Gesellschafter sein gesamtes Vermögen eingebracht habe, den Gläubigern dieses Gesellschafters nicht gemäss § 419 BGB hafte, da der Gesellschaft keine eigene Rechtspersönlichkeit zukomme. Der einbringende Gesellschafter verbleibe

---

(1) So vorallem Reinicke, BB 196o/1oo2 ff; ihm folgend Tilkorn, a.a.O., S. 66 ff; Tiedau MDR 1959/721; ähnlich derselbe in Dt. Notartag 1961 S. 97 ff, 1o8/1o9; Boesebeck, DB 1958/1147; alle für die Gesamthandsgemeinschaft.
(2) BGH BB 1954/7oo = DB 1954/693.

Inhaber dieser Vermögensmasse, wenn auch in gesamthänderischer Bindung mit dem oder den anderen Gesellschaftern. Eine Haftung der Übernehmer nach § 419 BGB - so fährt das Gericht fort - sei dagegen aus Rechtsgründen nicht ausgeschlossen, wenn der Gesellschafter, der sein gesamtes Vermögen in die Personengesellschaft eingebracht habe, später wieder ausscheide und die verbleibenden Gesellschafter das gesamte Gesellschaftsvermögen übernehmen würden.

Dieses Urteil kann, ebenso wie die in Anlehnung hieran zu § 1365 BGB geführte Argumentation, in mehrfacher Weise begriffen werden: zunächst einmal kann hiermit der Charakter der Einbringung des gesamten Vermögens als eines echten Verfügungsgeschäftes, zumindest als eines Übertragungs- und Übereignungsgeschäftes, geleugnet werden sollen (1). Darauf weist vorallem die gebrauchte Wendung hin, der Ehegatten- bzw. Schuldner-Gesellschafter "verbleibe" Inhaber seines eingebrachten Vermögens, wenn auch in anderer rechtlicher Form.
Es wurde aber bereits ausgeführt (2), dass der rechtsgeschäftliche Übergang des Ehegatten-Vermögens in das Eigentum der Gesamthands- oder Bruchteilsgemeinschaft einen vollständigen, die Übereignung kennzeichnenden Wechsel in der Rechtszuständigkeit bedeutet. "Verbleiben" ist dem Ehegatten-Gesellschafter somit sein eingebrachtes Vermögen auf keinen Fall; lediglich - und in diesem Sinne könnten desweiteren das oben zitierte Urteil des Bundesgerichtshofes sowie die hierauf gestützte Ansicht zu § 1365 BGB verstanden werden - in Form der gesamthän-

---

(1) Vergl. Boesebeck, a.a.O., bei dem dieser Gedanke anklingt;
(2) siehe oben S. 77 ff.

derischen Mitberechtigung oder seiner Anteile am Bruchteilsvermögen könnte es der Ehegatte zu einem Teile "wiedererworben" haben, sei es, dass man sich seine Beteiligung am Gesellschaftsvermögen nicht als ein aliud, sondern als ein minus gegenüber seiner früheren Alleinzuständigkeit vorstellt (1), sei es, dass man diese Mitberechtigung zu einer im Rahmen der §§ 1365, 419 BGB ausnahmsweise beachtlichen Gegenleistung erklärt (2).
Die Richtigkeit der Behauptung unterstellt, der Ehegatte erwerbe in Form seiner Mitberechtigung am Gesellschaftsvermögen einen Teil seines ehemaligen Vermögens wieder, er verbleibe also - von der Unterbrechung durch den Bruchteil einer logischen Sekunde, der Übereignung des Vermögens an die Gesellschaft abgesehen - teilweise Inhaber seines Vermögens, würde voraussetzen, dass seine Einlage, zumindest soweit es sich um eine Sacheinlage handelt, ihrer Substanz nach bis zur Auflösung der Gesellschaft oder bis zum Zeitpunkt des alleinigen Ausscheidens des Ehegatten, Bestandteil des Gesellschaftsvermögens ist. Der Gegenstand der Ehegatten-Einlage müsste somit unveräusserliches Anlagevermögen bilden bzw. seine Veräusserung zumindest der Zustimmung des Ehegatten-Gesellschafters bedürfen.
Hiergegen mag zwar eingewendet werden, dass ein späteres Ausscheiden der Ehegatten-Einlage aus dem Gesellschaftsvermögen dann nicht die unmittelbare Folge der Einbringung selbst, sondern die der Veräusserung sei; und da die Vertretungsmacht des verfügenden Mitgesellschafters nicht auf Rechtsgeschäft, sondern auf Gesetz beruhe (§ 125 HGB), liege auch keine Bevollmächtigung vor, in der ein zustim-

---

(1) So die unter Anm. 1 auf S.1o1 Aufgeführten.

(2) In dieser Richtung läuft die Argumentation von Wörbelauer NJW 196o/793 ff, 795.

mungsbedürftiges Gesamtvermögensgeschäft erblickt werden könne (1).
Gegen dieses Vorbringen ist rechtlich nichts einzuwenden; im Hinblick auf Sinn und Zweck des § 1365 BGB erscheint die Argumentation aber äusserst formalistisch. Denn soll diese Norm das Ehegatten-Vermögen seiner Substanz nach erhalten, so ist dem Verlust mit seiner Einbringung in die Gesellschaft keine Schranke mehr gesetzt; von nun an ist es allein dem Gesellschaftszweck verhaftet und seine Veräusserung an Dritte kann in der Regel fürderhin weder der Ehegatten-Gesellschafter, noch viel weniger der andere Ehegatte verhindern (2).

---

(1) So aber Tilkorn, a.a.O., S. 78.
Die Unhaltbarkeit einer derartigen Argumentation würde deutlich, wollte man etwa mit ihrer Hilfe die Zustimmungsbedürftigkeit der Einbringung des gesamten Vermögens in eine Kapitalgesellschaft leugnen, was etwa folgendermassen geschehen könnte: ausgehend davon, dass die Einbringung des Vermögens in eine Personengesellschaft dem Zustimmungserfordernis nicht unterliegt, könnte man den Ehegatten für berechtigt erklären, sein gesamtes Vermögen ohne Mitwirkung des anderen Ehegatten der Vorgründungsgesellschaft zu übereignen (auch bei ihr steht das Gesellschaftsvermögen den Gesellschaftern zur gesamten Hand zu, vergl. BGHZ 17/387; 2o/281; 21/242; Hueck, GesR., § 23 I 2, S. 118); da sodann das Gesellschaftsvermögen ohne weitere rechtsgeschäftliche Übertragungsakte mit der Eintragung der Gesellschaft in den Vermögensbereich der juristischen Person übergehe, der endgültige Verlust des Ehegatten-Vermögens sich also allein kraft Gesetzes vollziehe, beinhalte die Einbringung des Vermögens in eine Kapitalgesellschaft für diese Fälle kein zustimmungsbedürftiges Gesamtvermögensgeschäft. Die Unhaltbarkeit einer derartigen Argumentation liegt auf der Hand!

(2) In der Verfügungsmöglichkeit der Mitgesellschafter über die Ehegatten-Einlage sieht Beitzke, DB 1961/ 21 ff, 23 ein Hauptbedenken gegen die Zustimmungsfreiheit der Einbringung des Vermögens in eine Personengesellschaft.

In der Praxis mag das zwar zuweilen anders aussehen, vorallem dann, wenn die Stellung des Gesellschafter-Ehegatten eine so starke ist, dass ihm letztlich die Verfügungsgewalt über das Gesellschaftsvermögen und die dazugehörigen Gegenstände zufällt; diese Besonderheiten des Einzelfalls können jedoch nur bei der Frage Berücksichtigung finden, ob die Einbringung des Vermögens einer ordnungsgemässen Vermögensverwaltung entspricht und deshalb die fehlende Zustimmung des anderen Ehegatten durch das Vormundschaftsgericht zu ersetzen ist (§ 1365 Abs. 2 BGB), nicht jedoch bei der nach der Zustimmungsbedürftigkeit dieses Rechtsgeschäfts schlechthin (1).

Von der rein begrifflichen Unzulänglichkeit der Behauptung, der Ehegatte "verbleibe" Inhaber seines Vermögens, wenn auch in einer anderen Form, abgesehen, muss sie aber auch rechtlichen Bedenken begegnen. Dies ist gesondert für die Gesamthandsgemeinschaft und die Bruchteilsgemeinschaft darzulegen.

---

(1) So zu Recht Wiedemann, a.a.O., § 1o II 2 a, S. 259.

aa. Die Gesamthandsgemeinschaft

Die Mitgliedschaft an einer Gesellschaft, deren Vermögen den Gesellschaftern zur gesamten Hand zusteht, gewährt jedem einzelnen von ihnen einen sog. Anteil am Gesellschaftsvermögen sowie Anteile an den einzelnen zu diesem Vermögen gehörenden Gegenständen (§ 719 Abs. 1 HS. 1 BGB, §§ 1o5 Abs. 2, 161 Abs. 2 HGB).
In dem Anteil am Gesellschaftsvermögen verbleibt dem einbringenden Ehegatten sein Vermögen auf keinen Fall, auch nicht in einer anderen rechtlichen Ausgestaltung. Denn ebensowenig wie dem Subjekt des Einzelvermögens ausser den einzelnen Rechten, aus denen sein Vermögen besteht, noch ein Recht am ganzen zuzuschreiben ist, so wenig ist der Anteil des Gesamthänders am gemeinschaftlichen Vermögen ein Recht dinglicher Art (1). So ist es dann auch ganz allgemein anerkannt, dass dieser Anteil am Gesellschaftsvermögen kein Recht sachenrechtlichen Inhalts, kein Mittel der Sachzuweisung ist, sondern dass man ihn als Ausfluss der Mitgliedschaft in ihrer Bezogenheit auf das Gesellschaftsvermögen nach seiner wert- und verwaltungsmässigen Seite zu begreifen hat (2) (3).

---

(1) Vergl. v. Thur, Allg. T. d. BGB, Bd. I, § 2o VIII, S. 359.
(2) Vergl. Haupt, a.a.O., § 9 II, S. 37; Schlegelberger-Gessler, a.a.O., § 1o5 Anm. 36; Weipert, HGB § 1o5 Anm. 34; Wiedemann, a.a.O., §§ 2 II 1 b u. 2 II 2, S. 31 u. 4o; Würdinger, GesR., § 12 V 1, S. 6o; Heinsheimer, a.a.O., S. 31 ff, 33.
(3) Diese wert- und verwaltungsmässige Beteiligung des Ehegatten kann selbst dann keine Berücksichtigung finden, wenn man den Zweck des § 1365 BGB in der Sicherung der wirtschaftlichen Grundlage der Familie sieht; so aber Tilkorn, a.a.O., S. 68 u. 72, wo gesagt wird, dass auch das in eine Gesellschaft eingebrachte Vermögen mit seinen Erträgnissen und seiner Verwertbarkeit die wirtschaftliche Grundlage der Familie bilden könne. Das kann m.E. von jeder "Gegenleistung" behauptet werden.

Aber auch in Form der Anteile des Ehegatten an den einzelnen zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenständen erwirbt er sein eingebrachtes Vermögen nicht zu einem Teile wieder, noch stellen diese Anteile eine im Rahmen des § 1365 BGB ausnahmsweise beachtliche Gegenleistung dar.

Auf Grund der Zugehörigkeit des Ehegatten zur Gesamthandsgemeinschaft ist er zwar zusammen mit den anderen Gesellschaftern Träger des Gesellschaftsvermögens, d.h. notwendiges Zuordnungssubjekt der zum Gesellschaftsvermögen gehörigen Rechte in seiner Verbundenheit mit den anderen Beteiligten (1). Hiermit ist er zugleich auch an den Befugnissen beteiligt, die das Gesellschaftsvermögen gewährt. Diese Machtbefugnisse sind aber unter den Gesellschaftern nicht dergestalt aufgeteilt, dass sie von jedem einzelnen zu einem Teil ausgeübt werden könnten, sondern sie stehen den Gesellschaftern gemeinschaftlich zu, in der Art, dass auch nur alle Beteiligten zusammen die Machtbefugnisse ausüben können (2).

Die Summe der Rechte, die dem Ehegatten sein Vermögen ehemals gewährte, wird also mit der Einbringung in die Gesellschaft nicht unter den einzelnen Beteiligten aufgespalten, sondern geht auf die Gesamtheit der Gesellschafter ungeteilt über (3); die Anteilsrechte des einzelnen Gesamthänders sind deshalb auch nicht als Quotenrechte vorstellbar, weshalb ihr Vorhandensein zuweilen überhaupt geleugnet wird (4).

---

(1) Larenz, SchR., Bd. 2, §56 IV, S. 299; Wiedemann, a.a.O., S. 31.
(2) Larenz, a.a.O.;
(3) So die h.M. von der ungeteilten Mitberechtigung der Gesamthänder; vergl. hierzu Engländer, a.a.O., vorallem S. 35 ff.
(4) So Baumbach-Duden, HGB, § 124 Anm. 1 B; Würdinger, GesR., § 12 V 1, S. 6o;
zweifelnd: Staudinger-Geiler, vorb. v. § 7o5 Anm. 42 ff; Hueck, R. d. OHG, S. 159.

Wenn man dagegen mit der wohl h.M. das Vorhandensein dieser Anteile bejaht (1), dann ist jedoch zu beachten, dass diese dem einzelnen Gesellschafter keinen Herrschaftsbereich vermitteln, bezüglich dessen Anerkennung und Respektierung die übrigen Gesamthänder gebunden wären, dergestalt, dass der einzelne Gesellschafter, soweit sein Herrschaftsbereich reichen würde, er die einzelnen Gegenstände des Gesellschaftsvermögens unter Ausschluss der anderen Beteiligten selbst beherrschen könnte. Dieses Wesensmerkmal des dinglichen Rechts kommt den Anteilsrechten des Gesamthänders im Verhältnis zu den Mitgesellschaftern nicht zu (2). Vielmehr sind sie gebunden durch die Zugehörigkeit zu dem gemeinschaftlichen Vermögen, das seinerseits an die Gesamthand gekettet ist (3).
In den Anteilsrechten gewinnt der Ehegatte deshalb sein Vermögen auch nicht teilweise in einer Form wieder, die sich lediglich als ein minus gegenüber seiner früheren Alleinzuständigkeit darstellt; seine Mitberechtigung am Gesellschaftsvermögen ist nunmehr lediglich noch eine mittelbare, nämlich vermittelt durch die Zugehörigkeit zum Personenverband, sowie eine ungeteilte, als sie nur mit den übrigen Beteiligten zusammen besteht.
Es ist deshalb unrichtig, wenn gesagt wird, dass sich, wirtschaftlich,gesehen die Einlage des Vermögens, etwa die eines Handelsgeschäfts, nicht viel anders darstelle als die Überlassung einer Bruchteilsquote an diesem Vermögensobjekt, die Verfügung über den Bruchteil eines

---

(1) Larenz, a.a.O., S. 299; Schlegelberger-Gessler, § 1o5 Rdnr. 35.
(2) A.A.: Schlegelberger-Gessler, a.a.O.; zum Wesen des dinglichen Rechts: Lehmann, Allg. T. d. BGB, § 12 I 2 a, S. 77/78; wie hier wohl Staudinger-Geiler, a.a.O.; Fischer in BGB-RGRK vor § 7o5 Anm. 4.
(3) Heinsheimer, a.a.O., S. 31/32; Larenz, a.a.O..

Vermögens aber von § 1365 BGB nicht erfasst werde (1). Ganz abgesehen davon, dass anerkanntermassen auch die Verfügung über einen Bruchteil des Vermögens der Zustimmung unterfällt, wenn dieser im Einzelfall so hoch ist, dass er nahezu das gesamte Vermögen des Ehegatten ausmacht (2), wird diese Betrachtungsweise der Rechtslage bei der Gesamthandsgemeinschaft nicht gerecht.

Die Mitberechtigung des Ehegatten am Gesellschaftsvermögen kann auch nicht als Gegenleistung, die im Rahmen des § 1365 BGB ausnahmsweise beachtlich wäre, betrachtet werden. Der Anteil des einzelnen Gesamthänders sowie seine Anteilsrechte stehen nämlich zu der erbrachten Einlage in keinem Abhängigkeits- und Austauschverhältnis, wie allein der Umstand beweist, dass diese Rechte auch derjenige erwirbt, der von jeglicher Beitragspflicht freigestellt

---

(1) So Fischer, NJW 196o/939, der hieran anschliessend folgert, dass sich § 1365 BGB nicht gegen den gesellschaftlichen Zusammenschluss als solchen wende, sondern gegen die Bestimmung über die Berechnung des Abfindungsguthabens. Dazu vergl. die folgenden Ausführungen.
Die Betrachtungsweise Fischers entspricht in vollem Umfang der wirtschaftlichen Betrachtungsweise des Steuerrechts, wonach für die Zurechnung bei der Besteuerung Gesamthänder wie Beteiligte nach Bruchteilen zu behandeln sind (§ 11 Ziff. 5 StAnpG).

(2) Scheffler in BGB-RGRKom.,§ 1365 Anm.11; Staudinger-Felgenträger, § 1365 Rdnr. 29; Glum, a.a.O., S. 73; Kastrup, a.a.O.,S. 16; Riedel DRiZ 1963/186.

Ob der Bruchteil des Vermögens, über den verfügt werden soll, das nahezu gesamte Vermögen bildet, ist wiederum durch einen Wertvergleich zwischen "weggegebenem Vermögen" und "Restvermögen" zu bestimmen.
Zu der Inhaltsbezogenheit des Verpflichtungsgeschäfts über einen derartigen Bruchteil des Vermögens muss die Kenntnis des Geschäftsgegners i.S.d. subjektiven Theorie hinzukommen, wobei sich allerdings die unzweideutige Erkennbarkeit aus dem Bruchteilsverhältnis selbst ergibt; Bedeutung kann die subjektive Theorie hier nur dann erlangen, wenn derjenige Vermögensbruchteil, über den nicht verfügt werden soll, durch dingliche Belastungen entwertet ist.

worden ist (1).

Was vorsichtig als relevante Gegenleistung herangezogen werden könnte, das ist die Gesamtheit der dem einzelnen Gesellschafter zustehenden vermögensrechtlichen Ansprüche, vorallem die auf den Gewinn, das Auseinandersetzungs- und Abfindungsguthaben. Bezeichnend für all die Meinungen,die die Einbringung des gesamten Vermögens in eine Gesamthandsgemeinschaft der Vinkulierung des § 1365 BGB entziehen wollen, ist es denn auch, dass sie die Zustimmungsbedürftigkeit dieses Rechtsgeschäfts letztlich von der im Gesellschaftsvertrag getroffenen Auseinandersetzungs- bzw. Abfindungsregelung abhängig machen. Man sagt in etwa, dass die Einlage des Vermögens nur dann der Einwilligung des anderen Ehegatten bedürfe, wenn dem Ehegatten-Gesellschafter im Falle seines alleinigen Ausscheidens ein Abfindungsanspruch bzw. im Falle der Auflösung der Gesellschaft ein Auseinandersetzungsanspruch zukomme, der in keinem Verhältnis zu dem wirtschaftlichen Wert seiner Einlage stehe (2) bzw. von der gesetzlichen Regelung und Vertragspraxis erheblich abweiche (3).
Ganz abgesehen davon, dass hier mit aller Deutlichkeit die Zustimmungsbedürftigkeit des Einlagegeschäfts allein von dem Mass seiner Unentgeltlichkeit abhängig gemacht wird (4), können diese Ansprüche als Gegenleistung schon deshalb keine Berücksichtigung finden, weil es sich hierbei lediglich um zukünftige Forderungsrechte auf Teilnahme am wirtschaftlichen Wert des Gesellschaftsvermögens handelt.

(1) Der Wert des Gesellschaftsvermögens mag auf die Gesellschafter verteilt sein, wenn er auch kein Bestandteil, sondern lediglich eine wirtschaftliche Eigenschaft des Vermögens ist (vergl. Heinsheimer, a.a.O.,S. 31 Fsnte 25; unrichtig insofern Ollig, a.a.O., S. 109);dann ist er aber keineswegs durch den Anteil und die Anteilsrechte repräsentiert.

(2) So vorallem Reinicke BB 1960/1002 ff, 1004; Tiedau MDR 1961/721 ff, 724; Tilkorn, a.a.O., S.72; Schlegelberger-Gessler, § 105 Anm. 55 a.

(3) Fischer NJW 1960/939.

(4) So zu Recht Wiedemann,a.a.O.,§ 10 II 2a, S.258/259.

bb. Die Bruchteilsgemeinschaft

Die Überlegung, der Ehegatte verbleibe als Gesellschafter teilweise Inhaber seines Vermögens, trifft dagegen eher zu, wenn zwischen den Gesellschaftern bezüglich des eingelegten Vermögens eine Bruchteilsgemeinschaft vereinbart wird. Zwar ordnet auch die Bruchteilsgemeinschaft die Rechte an den einzelnen Vermögensgegenständen den Gemeinschaftern ungeteilt zu; im Gegensatz zur Gesamthandsgemeinschaft erhält hier aber jedes Mitglied einen - wenn auch ideellen - Anteil an dem Gegenstand des gemeinsamen Rechts, der nicht an die Gemeinschaft dinglich gekettet ist, sondern einen dem Gesellschafter selbständig und allein zugeordneten Vermögensgegenstand bildet, über den er grundsätzlich jederzeit in derselben Art wie über das Vollrecht verfügen kann und bei dem diese Verfügungsmöglichkeit dinglich auch nicht durch eine entsprechende Vereinbarung eingeschränkt werden kann (1).
Der Anteil des Bruchteilgemeinschafters ist also nicht, wie der des Gesamthänders, Teilhaberschaft am ganzen, nicht Ausdruck einer ungeteilten Mitberechtigung, sondern ein dem Teilhaber allein zugewiesenes und seiner freien Verfügungsbefugnis unterliegendes Teilrecht (2).

Dieser wesentliche Unterschied zwischen dem Anteil des Bruchteilgemeinschafters und der Mitberechtigung des Gesamthänders vermag es aber nicht zu rechtfertigen, die Einbringung des Vermögens in eine unter den Gesellschaftern gebildete Bruchteilsgemeinschaft von der Zustimmung des anderen Ehegatten unabhängig zu machen.

---

(1) Vergl. Fischer in BGB-RGRK, § 741 Anm. 6.
(2) Soergel-Schultze-v. Lasaulx, vor § 741 Rdnr. 1o.

Als Anteil rein ideeller Natur kann er weder als ein minus gegenüber der früheren Alleinzuständigkeit bezüglich des Vermögens gewertet werden noch als ausnahmsweise beachtliche Gegenleistung Berücksichtigung finden. Beides verbietet der Zweck des § 1365 BGB, nämlich das Ehegatten-Vermögen in realiter zu erhalten.
In gleicher Weise kann das grundsätzlich freie Verfügungsrecht des Bruchteilgemeinschafters über seinen Anteil hier nicht interessieren. Denn zum einen ist der Ehegatte als Gesellschafter verpflichtet, jede dem gemeinsamen Gesellschaftszweck widersprechende Verfügung über seinen Anteil zu unterlassen; der einzelne Anteil ist schuldrechtlich an die Gesellschaft gebunden (1) und damit dem Schicksal des gesellschaftlichen Unternehmens mehr oder minder stark verhaftet. Zum anderen berührt die Verfügungsmöglichkeit des Bruchteileigentümers über das ihm zugewiesene Teilrecht lediglich die Frage der Verwertbarkeit des Vermögensrechts, die aber im Rahmen des § 1365 Abs. 1 BGB von untergeordneter Bedeutung ist (2).

---

(1) Vergl. Haupt, a.a.O., S. 19.

(2) Die Zustimmung des anderen Ehegatten ist auch dann zu fordern, wenn der Gesellschaftsvertrag eine Teilung der Ehegatten-Einlage in natura bei Auflösung der Gesellschaft bestimmt (§§ 752, 733 Abs. 2 u. 3 BGB); denn ob diese Absprache eingehalten werden kann, ist in der Regel nicht vorhersehbar und hängt weitgehend von der Entwicklung des gesellschaftlichen Unternehmens ab.
Dasselbe hat ganz generell für alle Vereinbarungen zu gelten, wonach dem Ehegatten seine Einlage in Anrechnung auf den Auseinandersetzungs- oder Abfindungsanspruch zurückzuerstatten ist.

Anhang: Die unterschiedliche Interessenlage bei § 1365 und § 419 BGB

Nach den vorstehenden Ausführungen hat eine Übertragung der Gründe des oben zitierten Urteils des Bundesgerichtshofs (1) auf die hier zu entscheidende Frage nach der Zustimmungsbedürftigkeit der Einbringung des gesamten Ehegatten-Vermögens in eine Personengesellschaft auszuscheiden. Erst recht hat dies für jene Gesichtspunkte zu gelten, die dieses Urteil zu § 419 BGB dennoch als richtig erscheinen lassen, die in seinen Gründen jedoch - soweit ersichtlich - nur schwach oder überhaupt nicht anklingen: § 419 BGB wie § 1365 BGB bezwecken die Sicherung des im Vermögen gelegenen wirtschaftlichen Wertes zugunsten dritter Personen, wobei jedoch § 1365 BGB diesen Zweck durch eine Erhaltung der Vermögenssubstanz in der Hand des "Schuldners" zu erreichen versucht und die Vermögensveräusserung deshalb schlechthin verbietet, § 419 BGB dagegen lediglich einen Übergang der Schulden, die als "Last des Vermögens" begriffen (2), auf den Vermögensübernehmer anordnet.
Lässt man die Personengesellschaft, bei deren Errichtung ein Gesellschafter sein gesamtes Vermögen eingebracht hat, den Gläubigern dieses Gesellschafters nicht gemäss § 419 BGB haften, so ist das m.E. unschädlich, weil ihnen die Möglichkeit der Erlangung des Vermögenswertes durch eine Pfändung des Geschäftsanteils bzw. des Auseinandersetzungsguthabens des Schuldner-Gesellschafters (§§ 725 BGB, 135 HGB) verbleibt. Und sobald die Gläubiger von dieser Möglichkeit Gebrauch machen, dann ist es letztlich doch die Personengesellschaft bzw. die Gesamt-

---

(1) Siehe S.loloben.
(2) RGZ 13o/34 ff, 37.

heit der Gesellschafter, die die Haftung über die persönlichen Schulden eines von ihnen - zumindest mittelbar - trifft; denn der gepfändete Auseinandersetzungsanspruch ist mit entwidmetem Gesellschaftsvermögen zu befriedigen, letztlich also mit Vermögen, das allen Gesellschaftern einst gemeinsam zustand.
Desweiteren ist zu beachten, dass die Gläubiger mit der Pfändung des Gesellschaftsanteils ihres Schuldners in der Regel dasselbe erhalten, was sie gemäss § 419 BGB beanspruchen könnten: auch der Vermögenserwerber i.S.d. § 419 BGB haftet nicht unmittelbar in Höhe des Wertes des übernommenen Vermögens, sondern lediglich mit diesem Vermögen, dergestalt, dass er die Befriedigung der Gläubiger hieraus zu dulden hat (1).
In der Form des Gesellschaftsanteils bzw. des Auseinandersetzungs- und Abfindungsanspruchs verbleibt dem Ehegatten, sofern die Höhe dieser Ansprüche dem Wert des eingebrachten Vermögens entspricht, zwar dieser wirtschaftliche Wert sowie dem anderen Ehegatten ein Befriedigungsobjekt hinsichtlich seines potentiellen Ausgleichsanspruchs; im Gegensatz zu § 419 BGB strebt aber § 1365 BGB über die wertmässige Sicherung des Vermögens hinaus dessen substanzmässige Erhaltung an. Diese weitergehende Aufgabe des § 1365 BGB ist mit der Einbringung des Vermögens zu Gesamthands- oder Bruchteilseigentum der Gesellschafter restlos vereitelt.

---

(1) Erman-Westermann, § 419 Anm. 9; Palandt-Danckelmann, § 419 Anm. 4 b.

c. Besonderheiten der Geldeinlage?

All den wirtschaftlichen Überlegungen, mit Hilfe derer die Einbringung des gesamten Vermögens in eine Gesellschaft dem Anwendungsbereich des § 1365 BGB entzogen werden soll, kommt jedoch grössere Bedeutung zu, sofern Gegenstand der Einlage ein das nahezu gesamte Vermögen des Ehegatten bildendes Barguthaben ist.

Das Wesen des Geldes, das nicht so sehr durch seinen Warencharakter, als vielmehr durch seine Eigenschaft als Wertträger und als Tauschmittel bestimmt ist (1), bedingt in gewissem Umfang eine Verschiebung der dem § 1365 BGB zugrundeliegenden Interessenlage. Ist es die Aufgabe der Norm, die potentielle Vermögensbeteiligung des anderen Ehegatten durch eine Erhaltung der Vermögenssubstanz zu sichern, so ist das Interesse des geschützten Ehegatten im Falle eines "Bargeldvermögens" in der Regel primär und unmittelbar auf die Erhaltung des Vermögenswertes gerichtet.
Dem so abgewandelten Interesse wäre nun weitgehend Rechnung getragen, wenn die wirtschaftliche Beteiligung des Ehegatten-Gesellschafters am gemeinsamen Vermögen wertmässig der erbrachten Geldeinlage entspricht (2). Hinzukäme, dass die potentielle Vermögensbeteiligung des anderen Ehegatten mit der Anlegung des Geldes, wie etwa in der Form einer Gesellschaftsbeteiligung, zumindest insoweit gesicherter erschiene, als das Geld hierdurch seiner Eigenschaft als verbrauchbare Sache weitgehend

(1) Falck, a.a.O., S. 11;
(2) So etwa Wörbelbauer, NJW 1960/795, der alle Anlagegeschäfte über Geld und Geldkonten von der Vinkulierung freistellen will.

beraubt würde (1).

Es wurde jedoch oben (2) bereits darauf hingewiesen, dass auch die Umschichtung eines "Bargeldvermögens" in eine andere Vermögenssubstanz von dem Zustimmungserfordernis nicht freigestellt werden kann, weil selbst jenen volkswirtschaftlichen Grundsätzen, die gewisse Formen der Vermögensanlage den übrigen vorziehen, nur ein relativer und zeitlicher begrenzter Richtigkeitswert zukommt (3).
Die Erhaltung des Ehegatten-Vermögens in seinem Wert ist zudem in entscheidendem Masse von der Entwicklung des gesellschaftlichen Unternehmens und - was insbesondere für die Beteiligung an einer Personengesellschaft zu gelten hat - von den unternehmerischen Fähigkeiten sowie der Lauterkeit der Mitgesellschafter abhängig.
Aus all den Gründen ist auch im Falle der Bargeldeinlage ein überwiegendes Interesse des anderen Ehegatten an der Mitbestimmung über dieses Gesamtvermögensgeschäft anzuerkennen.

---

(1) Die unzulänglichen Sicherungsmöglichkeiten gegen den Verbrauch des Geldes liegen als gesetzgeberisches Motiv der Regelung des § 1376 BGB a.F. zugrunde; vergl. Prot. IV, S. 167, zitiert bei Falck, a.a.O., S. 23 Fsnte 78;
(2) S. 48 oben;
(3) Ein instruktives Beispiel hierfür liefern die gesetzlich bestimmten Formen über die mündelsichere Anlage von Kindes- und Mündelgeld (§§ 1806, 1807, 1642 BGB); während die nach diesen Bestimmungen angelegten Gelder in aller Regel den 2. Weltkrieg und die Währungsreform nicht überlebt haben, ist "ungesetzlich" angelegtes Geld, wie etwa in Form von Aktien oder sonstigen Wertpapieren, in vielen Fällen später in vollem Umfang zur Aufwertung gekommen.

II. Gesamtvermögensgeschäfte über die Mitgliedschaft

Es ist durchaus vorstellbar, dass das im wesentlichen gesamte Vermögen eines im gesetzlichen Güterstand lebenden Ehegatten in der Beteiligung an einer Gesellschaft besteht.

Sofern Rechtsgeschäfte über die "Gesamtvermögensbeteiligung" alle objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale des § 1365 BGB erfüllen und die Verfügung den wirtschaftlichen Wert der Beteiligung ganz oder nahezu ganz aushöhlt, unterliegen sie in gleicher Weise wie die Einbringung des Vermögens in eine Gesellschaft der Zustimmung des anderen Ehegatten, vorausgesetzt, dass die Besonderheiten des Gesellschaftsrechts hier im Einzelfall eine abweichende Beurteilung nicht gebieten (1).

---

(1) Vergl. BGH FamRZ 1961/302, wo gesagt ist, dass auch die gesamthänderische Beteiligung des Ehegatten an einer Erbengemeinschaft dessen Vermögen im ganzen i.S.d. § 1365 BGB darstellen könne; ebenso OLG Karlsruhe FamRZ 1964/573 für den Miteigentumsanteil eines Ehegatten.

1. Zustimmungsfreie Rechtsgeschäfte über die Mitgliedschaft

a. Rechtsgeschäfte über die personenrechtliche Seite der Mitgliedschaft

Was wir als Mitgliedschaft bezeichnen, das ist der Inbegriff der Rechte und Pflichten, die sich auf Grund der Zugehörigkeit zu einer Gesellschaft oder einem Verein aus den Rechtsbeziehungen zu diesem Verband ergeben (1).

Die Mitgliedschaftsrechte lassen sich, je nachdem, ob sie die Stellung des einzelnen Gesellschafters zur Personengemeinschaft als solcher oder zum Gesellschaftsvermögen charakterisieren, in solche personen- und solche vermögensrechtlicher Natur, in Mitverwaltungs- und Herrschaftsrechte einerseits und Vermögensrechte andererseits unterteilen (2).

Da § 1365 BGB nur Vermögensrechte der Vinkulierung unterwirft, wird zu Recht angenommen, dass alle jenen Rechtsgeschäfte über die Mitgliedschaft zustimmungsfrei sind, die in erster Linie und unmittelbar die personen- und

---

(1) Vergl. Lehmann, GesR., § 33 I 3, S. 189.

(2) Hueck, R.d.OHG, § 18 III 1, S. 193; Scholz,GmbHG, § 14 Rdnr. 7; Soergel-Schultze-v.Lasaulx, § 7o5 Rdnr. 21.
Diese Unterteilung lässt sich natürlich nicht immer strikte durchführen, allein schon deshalb, weil die Verwaltungsrechte mehr oder minder -was von dem Grad der kapitalistischen Ausgestaltung der Mitgliedschaft abhängt- der Verfolgung der Vermögensinteressen dienen; so zu Recht Würdinger, GesR., § 9 II, S. 39.
Im Einzelfall wird man jedoch entscheiden können, ob das Recht mehr die herrschaftsrechtliche oder mehr die vermögensrechtliche Seite der Mitgliedschaft betrifft.

vermögensrechtliche Seite der Beteiligung des Ehegatten bezeichnet (1). Hierzu zählen vor allem gesellschaftsvertragliche Anderungen des Stimmrechts, der Ausschlusskontrollrechte, ferner weiteren bei den Personengesellschaften Änderungen der Rechte auf Teilnahme an der Geschäftsführung und der Vertretung der Gesellschaft (2) (3).

Für die Zustimmungsbedürftigkeit von Rechtsgeschäften über die vermögensrechtliche Seite der Beteiligung, den Gesellschaftsanteil (4), hat es keine Bedeutung, wenn der Ehegatten-Gesellschafter bereits zum Erwerb der Mitgliedschaft der Einwilligung des anderen Ehegatten bedurfte. Das ist selbstverständlich: das Einverständnis des anderen Ehegatten mit der Einbringung des gesamten Vermögens in die Gesellschaft beinhaltet weder zugleich die Zustimmung zu einem Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft über

---

(1) So die ganz h.M.: vergl. Beitzke DB 1961/21 ff, 24; Ehrlich BB 1960/362 ff, 363; Fischer NJW 1960/342; Reinicke BB 1960/1004; Tiedau Dt. Notartag 1961/110; Niedemann, a.a.O., § 10 II 2 b, S. 262; Tilkorn, a.a.O., S. 91; Erman-Hartmann-Seyffarth § 1365 Anm. 6 b aa; Soergel-Lange § 1365 Anm. 17; Gernhuber, a.a.O., S. 122; Lehmann, a.a.O., S. 51; Klingmüller-Beitzke, a.a.O., S. 53, der die Zustimmung auch dann fordert, wenn die Änderung in den persönlichen Rechtsbeziehungen entscheidenden Einfluss auf die Kapitalbeteiligung haben kann.

(2) Das Recht der Kapitalgesellschafter ist ein Recht auf ein Gesellschaftsorganamt und auf einen Sitz im Aufsichtsrat nicht mit der Mitgliedschaft verbunden, vergl. Scholz GmbH § 14 Anm. 7; Hueck, Gesk., § 36 IV 2 a, S. 193; BGZ 17o/358 ff, 369.

(3) Hueck, K.d. OHG, § 18 III 1, S. 193 rechnet auch das Kündigungsrecht des OHG-Gesellschafters zu den Mitvermögensrechten; dazu siehe S.158 unten.

(4) Der Begriff "Gesellschaftsanteil" gehört an sich dem Aktienrecht an (§ 14 GmbHG); er wird aber ganz allgemein als Bezeichnung für die vermögensrechtliche Seite der Mitgliedschaft verwendet.

die Beteiligung (1), noch ergibt sich die Zustimmungsfreiheit aus irgendwelchen Besonderheiten eines konsentierten Gesellschaftsvertrages (2).
Zu weit geht es andererseits, wenn das Eingreifen des § 1365 BGB in jedem Falle einer nachteiligen Änderung der vermögensrechtlichen Beteiligung des Ehegatten-Gesellschafters mit der Begründung gefordert wird, der andere Ehegatte habe dem Gesellschaftsvertrag nur mit dem bisherigen Inhalt zugestimmt und diese Zustimmung könne mit einer alsbaldigen Änderung des Gesellschaftsvertrages illusorisch gemacht werden (3).
Die dem Ehegatten in der Satzung eingeräumte vermögensrechtliche Stellung mag zwar für den anderen Eheteil von entscheidendem Einfluss für die Erklärung seines Einverständnisses gewesen sein; aus § 1365 BGB kann er jedoch kein Recht auf Aufrechterhaltung und Durchführung des von ihm genehmigten Gesellschaftsvertrages herleiten, weder dem Ehegatten-Gesellschafter selbst noch dessen Mitgesellschaftern oder der Gesellschaft selbst gegenüber (4).
Eine gesellschaftsvertragliche Änderung der Beteiligung des Ehegatten ist nur dann zustimmungsbedürftig, wenn dieses Rechtsgeschäft für sich betrachtet alle objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale des § 1365 Abs. 1 BGB erfüllt.

---

(1) Im Einzelfall kann natürlich mit der ausdrücklich erklärten Zustimmung eine stillschweigende zu späteren Gesamtvermögensgeschäften verbunden sein; hierzu siehe S.125 unten.
(2) Anders wohl aber Reinicke BB 196o/1oo5, wenn es dort heisst: "gibt man dem Ehegatten das Recht, eine Gesellschaft ohne Zustimmung seines Ehegatten zu schliessen, so muss man ihm auch das Recht geben, die Gesellschaft, die den Keim der Auflösung in sich trägt, ohne eine derartige Zustimmung aufzulösen".
(3) So Eiselt JZ 196o/564; ihm folgend Mülke s. Diss. S.93;
(4) Ebenso BGHZ 38/26 ff, 28, 3o für Vertragsänderungen einer Gesellschaft, an der ein Minderjähriger beteiligt ist; vergl. § 1822 Nr. 3 BGB.

b. Wirksames, aber nicht konsentiertes Verpflichtungsgeschäft

Ein Verfügungsgeschäft über das gesamte Vermögen kann ein Ehegatte zustimmungsfrei tätigen, sofern der andere Ehegatte sein Einverständnis mit der zugrundeliegenden Verpflichtung erklärt hat. Das ergibt sich ohne weiteres aus § 1365 Abs. 1 BGB selbst, vorallem dessen Satz 2 (1). Das gleiche muss aber auch dann angenommen werden, wenn die Verpflichtung aus irgendeinem Grunde ohne Zustimmung rechtswirksam begründet werden konnte. Als ein derartiger Grund kommt einmal der Zeitpunkt des Verpflichtungsvertrages in Betracht, sei es, dass er vor dem 1. Juli 1958, dem Inkrafttreten des Gleichberechtigungsgesetzes (Art. 8 II Ziff. 4 GleichbG), sei es, dass er vor der Verheiratung des paktierenden Ehegatten gelegen ist. Der Einwilligung des anderen Ehegatten kann es aber auch deshalb nicht bedurft haben, weil der Vertragsgegenstand z.Zt. des Abschlusses des Verpflichtungsgeschäfts noch nicht das gesamte Vermögen des Ehegatten darstellte oder aber, weil die Verpflichtung zur Verfügung mit seinem nunmehr gesamten Vermögen im Wege der Erbfolge auf den Ehegatten übergegangen ist.
Ob der Ehegatte in all diesen Fällen die zumindest einst wirksame Verpflichtung zustimmungslos erfüllen kann, ist allerdings im einzelnen bestritten.
Aus dem Wortlaut des § 1365 Abs. 1 BGB ergibt sich einerseits, dass nur ein solches Verfügungsgeschäft von dem Zustimmungserfordernis freigestellt ist, das der Ehegatte in Erfüllung einer konsentierten Verpflichtung vor-

---

(1) Gegenüber dem insoweit klaren Wortlaut des § 1365 Abs. 1 BGB kann der Umstand der Vorrangigkeit des Erfüllungsgeschäfts keine Bedeutung erlangen; so aber Ollig, a.a.O., S. 128.

nimmt, andererseits aber auch, dass das Erfüllungsgeschäft nur dann des Einverständnisses des anderen Ehegatten bedarf, wenn zur Rechtswirksamkeit der zugrundeliegenden Verpflichtung seine Zustimmung erforderlich ist bzw. war und das Verpflichtungsgeschäft bis heute an diesem Mangel leidet (1). Hieraus aber folgt, dass der Ehegatte eine einmal wirksam begründete, wenn auch bedingt oder betagt fällige Verpflichtung konsenslos erfüllen kann, es sei denn, man hat anzunehmen, dass das nachträgliche Eintreten der Anwendungsvoraussetzungen des § 1365 BGB die Verpflichtung mit ex tunc- oder ex nunc-Wirkung schwebend unwirksam im Sinne des § 1366 Abs. 1 BGB werden lässt.

Soll ein vor dem 1. Juli 1958 getätigtes Verpflichtungsgeschäft mit dem Eintritt des gesetzlichen Güterstandes rückwirkend auf den Zeitpunkt seiner Vornahme schwebend unwirksam geworden sein, so hätte dies der Gesetzgeber in einer Übergangsvorschrift ausdrücklich anordnen, zumindest hätte ein dahingehender Wille mit aller Deutlichkeit in dem Gesetz selbst zum Ausdruck gebracht werden müssen (2). Das ist jedoch nicht geschehen; dem Art. 8 II Nr. 4 GleichbG muss ganz im Gegenteil entnommen werden, dass der gesetzliche Güterstand mit all seinen Wirkungen nur für die Zeit nach seinem Inkrafttreten, das ist der 1. Juli 1958, gelten soll.

Aus Gründen der Rechtssicherheit muss aber auch im Ergebnis dasselbe für jede nach dem 1. Juli 1958 einmal rechtswirksam begründete Verpflichtung zu einer Verfügung über das gesamte (oder jetzt gesamte) Vermögen

---

(1) Vergl. Scherer FamRZ 1962/413 ff, 414;
(2) Zur Rückwirkung von Gesetzen vergl. BGHZ 3/82 ff, 84 u. 391 ff, 398; Enneccerus-Nipperdey, a.a.O., § 61 II 1, S. 354.

gelten (1). Es würde eine ungerechtfertigte Bevorzugung der Ehegatten bedeuten, wollte man ihnen das Recht zusprechen, sich gegenüber dem Vertragspartner eines von ihnen auf den nachträglichen Eintritt der Anwendungsvoraussetzungen des § 1365 BGB zu berufen und damit die Erfüllung der Verpflichtung zu verweigern. § 1365 BGB ergreift zwar auch Tatbestände und Lebenssachverhalte, die einst zustimmungsfrei begründet werden konnten, dann aber nicht mit der Folge der rückwirkenden Abänderung bestehender Rechtsbeziehungen (2).
Gegen die hier vertretene Ansicht kann nicht vorgebracht werden, dass sie bei einseitigen, von einer Verpflichtung losgelösten Verfügungen versage (3). Dieser Vorwurf verkennt, dass die §§ 1365, 1367 BGB auf sog. "isolierte Verfügungen" nicht direkt, sondern - wie noch zu zeigen ist (4) - mit Rücksicht auf den Zweck der Regelung nur entsprechend angewandt werden können.

---

(1) So auch die h.M., wenn auch mit unterschiedlicher Begründung: BayObLG FamRZ 1959/241; OLG-Oldenburg MDR 1959/241; OLG-Saarbrücken FamRZ 1962/26o; Boesebeck DB 1958/1148; Dölle FamR., Bd. I, § 52 I 3, S. 756/757; Kemper a.a.O., S. 76; Krüger-Breetzke-Nowak , GleichbG, § 1365 Anm. 2;
differenzierend: Lauhoff, a.a.O., S. 28; Mülke, s. Diss., S. 131 ff; Scherer, a.a.O.; Ollig, a.a.O., S. 128 ff, 131;
a.A.: Knur DNotZ 1957/451 ff, 453 Fsnte 9; Bosch FamRZ 1959/5; Koeninger DRiZ 1959/372 ff, 374; Schulz-Kersting JR 1959/83;
(2) Es ist hier zu beachten, dass auch das Eingreifen des § 1365 BGB für die Zukunft zu entscheidenden Belastungen der Vertragspartner des Ehegatten führen kann.
(3) So Lauhoff, a.a.O., S. 3o.
(4) Siehe S.153 unten .

Ist somit etwa im Gesellschaftsvertrag bestimmt, dass der Ehegatte den sein gesamtes Vermögen darstellenden Geschäftsanteil bei dem Eintritt bestimmter Umstände an den einzigen Mitgesellschafter abzutreten hat und konnte der Ehegatte diese Verpflichtung einst ohne Zustimmung wirksam eingehen, dann kann gegenüber dem Verlangen des Mitgesellschafters nicht eingewendet werden, die Verpflichtung sei infolge des zwischenzeitlichen Eingreifens des § 1365 BGB hinfällig geworden.
Andererseits können die Mitgesellschafter des Ehegatten ihrerseits nicht geltend machen, - sofern die Verpflichtung zur Verfügung über den Geschäftsanteil erst jetzt begründet werden soll - , der Ehegatten-Gesellschafter müsse hierüber allein entscheiden können, zumindest aber habe der andere Ehegatte seine Zustimmung zu erteilen, weil sie die Gesellschaft nur mit einem in seiner wirtschaftlichen Entscheidungsfreiheit unabhängigen Gesellschafter einst eingegangen seien.

c. Generelle Einwilligung in Gesamtvermögensgeschäfte

Im Einzelfall wird sich feststellen lassen, dass der zustimmungsberechtigte Ehegatte sein Einverständnis mit einem Rechtsgeschäft über die Gesamtvermögensbeteiligung bereits im voraus, sei es ausdrücklich, sei es still - schweigend, erklärt hat.Eine Vereinbarung der Eheleute etwa des Inhalts, dass der Ehegatten-Gesellschafter "hinsichtlich aller auf seine Mitgliedschaft bezogenen Rechtsgeschäfte vollkommen freie Hand haben solle", würde dieses Einverständnis beinhalten.
Rechtlich wäre ein dahingehendes Übereinkommen als Generaleinwilligung des zustimmungsberechtigten Ehegatten in alle Gesamtvermögensgeschäfte über die Mitgliedschaft oder als Bevollmächtigung oder Ermächtigung zu werten, die jeweils notwendige Einwilligung in fremdem oder eigenem Namen zu ersetzen. Wirksamkeit kommt der Vereinbarung aber nur zu, wenn sie bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Ehegatten vor Gericht oder vor einem Notar getroffen wurde; denn vom Ergebnis her führt sie zu einer Abbedingung des § 1365 BGB, die mit der h. M. zwar für zulässig gehalten werden muss (1), die aber der Form des Ehevertrages (§§ 1408, 1410 BGB) bedarf.

---

(1) Vergl. BGH FamRZ 1964/421; OLG-Hamburg DNotZ 1964/229; Beitzke, DNotZ 1964/692; Eiselt, JZ 1960/564; Haegele, FamRZ 1964/594 ff, 603; Tiedau, MDR 1958/377 ff, 381; Soergel-Vogel, § 1365 Anm. 32; Dölle, FamR., Bd. I, § 52 IV, S. 765; Lange, FamRZ 1964/546 ff, 547; vergl. auch Planck-Strohal,BGB, § 1395 a.F. Anm. 8; einschränkend Scheffler in BGB-RGRK, § 1365 Anm. 34, der nur die gleichzeitige Abbedingung für beide Ehegatten zulassen will, weil der einseitige Ausschluss als Verstoss gegen die guten Sitten erachtet werden müsste. Dieser Ansicht ist nicht zuzustimmen; ein Sittenverstoss ist in dem einseitigen Ausschluss nur bei dem Hinzutreten besonderer Umstände des Einzelfalls zu sehen, vergl. Soergel-Lange, § 1408, Rdnr.8.
A.A. sind Mülke, s.Diss.,S. 143ff; Ollig,a.a.O.,S.149ff.

Allein wenn sich im Einzelfall nachweisen lässt, dass sich die formlose Abrede nur auf bestimmte, von den Ehegatten nach Art, Inhalt und Bedingungen genau vorgestellte Rechtsgeschäfte über den Geschäftsanteil erstreckt, dann wird man gegen ihre Wirksamkeit keine Bedenken vorbringen können. Das muss erst recht gelten, wenn die Auslegung der formlosen Abrede ausserdem ergibt, dass der zustimmungsberechtigte Ehegatte die Einwilligung oder Vollmacht jederzeit widerrufen können soll (§§ 183, 168 BGB).

2. Der mögliche Gegenstand eines Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfts über die vermögensrechtliche Seite der Mitgliedschaft

a. Der Inhalt des Geschäftsanteils

Es bestehen bis auf den heutigen Tag Unklarheiten darüber, wie man sich den Inhalt der vermögensrechtlichen Seite einer Mitgliedschaft vorzustellen hat.
Die Unstimmigkeiten resultieren aus den unbefriedigenden Vorstellungen, dass zum einen der Gegenstand einer Verfügung über die Beteiligung an einer Personen- oder Kapitalgesellschaft niemals das den Gesamthändern in ihrer untrennbaren Verbundenheit bzw. der juristischen Person selbst zustehende Gesellschaftsvermögen ist, auch nicht ein Teil von oder dinglicher Anteil an diesem, sondern dass das Vermögen sowie die Befugnisse, die es gewährt, bei dem Personenverband bzw. der Gesellschaft als solcher verbleiben (1). Zum anderen vermag die Erklärung nicht zufrieden zu stellen, dass die Beteiligung mit den aus der Mitgliedschaft fliessenden vermögensrechtlichen Bezügen und Gläubigerrechten, vorallem den Liquidations-, Abfindungs- und Gewinnansprüchen (2) identisch sein soll; denn es handelt sich insoweit um zukünftige, in ihrer vollen Entstehung durch die Auflösung der Gesellschaft oder Mitgliedschaft bzw. einen Gewinnverteilungsbeschluss bedingte schuldrechtliche Ansprüche.
Um die vermögensrechtliche Beteiligung gewissermassen fassbar zu machen, wird immer wieder der Versuch unter-

---

(1) Vergl. Wiedemann, a.a.O., § 12 II 3 a, S. 3o8 u. § 2 III 2, S. 4o;
(2) § 717 S. 2 BGB, dessen Rechtsgedanke auch für das Kapitalgesellschaftsrecht gilt.

nommen, mit der Mitgliedschaft ein selbständiges Recht des einzelnen Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen zu verbinden. Man sagt, dass dem einzelnen Beteiligten ein von dem der anderen losgelöstes "Wertanteilsrecht" am Gesellschaftsvermögen zustehe, das aber weder in die Kategorie der absoluten und relativen Rechte noch in die der sog. Gestaltungsrechte einzuordnen sei, sondern eine eigene Art eines subjektiven Rechts darstelle (1). Im Rahmen des Personengesellschaftsrechts wird diese Rechtsnatur dem Kapitalanteil des Gesellschafters zugeschrieben (2). Zum Beweise dieser Ansicht wird einmal ausgeführt, dass sich dieses Wertanteilsrecht als rechtslogische Denkform überall dort ergebe, wo ungeteiltes gesamthänderisches Vermögen mehreren gemeinsam zustehe oder wo das im Eigentum der juristischen Person stehende Vermögen den Mitgliedern derselben wirtschaftlich zukomme (3). Die Rechtsnatur des Kapitalanteils eines Personengesellschafters als eines selbständigen Wertanteilsrechts am Gesellschaftsvermögen ergäbe sich weiterhin daraus, dass der seine vermögensrechtlichen Ansprüche abtretende Gesellschafter Inhaber des Kapitalanteils bleibe, was sich zeige, wenn er nunmehr den Kapitalanteil auf einen Mitgesellschafter übertrage; denn dadurch würde der Mitgesellschafter auch Inhaber der vorher an den Dritten abgetretenen Ansprüche auf den Gewinnanteil

---

(1) Würdinger AktR., § 9 II 1 a, S. 41.
(2) v. Godin-Wilhelmi AktG, § 1 Anm. 11; Schlegelberger-Gessler, a.a.O., § 12o Anm. 1o; Tilkorn, a.a.O., S. 69/7o, der Würdinger, a.a.O. folgt; ferner Randenborgh DNotZ 1959/373 ff, 38o und Eckelt NJW 1954/19o5 ff, die von einem Wertanteilsrecht am Funktionswert des Unternehmens sprechen.
(3) Würdinger, a.a.O..

und das Auseinandersetzungsguthaben (1).

Soweit diese Beweisführungen zum Ziele haben, das rein "wirtschaftliche Eigentum" des einzelnen Gesellschafters zu einem "quasi rechtlichen Eigentum" zu erheben und zu verdichten und der Beteiligung einen irgendwie gearteten Charakter der Sachzuweisung beizulegen, ist ihnen nicht zu folgen. Träger des Gesellschaftsvermögens sind entweder die Gesamtheit der Gesellschafter in ihrer untrennbaren Verbundenheit oder die juristische Person als solche; dem einzelnen Gesellschafter hingegen kommt kein Recht an diesem Vermögen zu.
Im übrigen bedarf es nicht der Annahme eines selbständigen Wertanteilsrechts am Gesellschaftsvermögen, um mit seiner Hilfe die inhaltliche Struktur des Geschäftsanteils in befriedigender Weise erklären zu können. Die Funktion, die dem Kapitalanteil bzw. dem Wertanteilsrecht zugeschrieben wird, kommt nicht ihnen, sondern den neben den vermögensrechtlichen Ansprüchen bestehenden sog. Vermögensstammrechten zu, die mit der Zugehörigkeit zur Gesellschaft untrennbar verbunden sind und kraft derer der Inhaber befugt ist, die Auflösung der Gesellschaft oder Mitgliedschaft und die Verteilung von Gewinn zu betreiben (2). Die Gläubigerrechte fliessen nicht aus dem Kapitalanteil, sondern sie stellen gewissermassen die Konkretisierung der Vermögensstammrechte auf Teilnahme am Gewinn und auf Teilnahme am Auseinandersetzungsergebnis der Gesellschaft dar (3).

---

(1) So Schlegelberger-Gessler, a.a.O.; in ähnlicher Weise argumentiert Eckelt, a.a.O., dessen Ausführungen aber mehr auf das Bilanz- und Wirtschaftsrecht bezogen sind. Ihm wiederum weitgehend folgend Randenborgh a.a.O.;
(2) Wiedemann, a.a.O., § 12 II 2, S. 297 und § 2 II 2 b, S. 36, der von einem "gegenwärtigen Anspruch auf Entwidmung" spricht.
(3) Vergl. Fischer in Grosskom. AktG, § 52 Anm. 19; Scholz GmbHG, § 14 Rdnr. 3.

Die Vermögensstammrechte sowie die hieraus fliessenden vermögensrechtlichen Ansprüche sind es denn auch, die allein Gegenstand einer Verfügung über die Beteiligung sein können. Der Kapitalanteil des Personengesellschafters hingegen ist lediglich der gesetzliche Masstab für seine wertmässige Beteiligung am Gesellschaftsvermögen, ein Masstab, der im Kapitalgesellschaftsrecht von dem Nennwert der Aktie und der Höhe der Stammeinlage gebildet wird (1) (2). Objekt einer Verfügung kann der Kapitalanteil niemals sein.

---

(1) RGZ 117/238 ff, 242; Hueck, GesR., § 16 V, S. 67; ders. R. d. OHG, § 16 V 1, S. 168; Baumbach-Duden, HGB, § 12o Anm. 2 A; Wiedemann, a.a.O., § 12 II 3 a, S. 3o7 ff; Heinsheimer, a.a.O., S. 33/34 .

(2) Zu den massgeblichen Gesichtspunkten für die Beantwortung der Frage, ob der Erwerber der der Gläubigerrechte entkleideten Vermögensstammrechte auch Inhaber der vermögensrechtlichen Bezüge insoweit wird, als diese in der Hand des Dritten noch nicht fällig geworden sind, vergl. Wiedemann, § 12 II 2 b, S. 299 ff.

b. Verfügungen über die Vermögensstammrechte und Verfügungen über die Vermögensansprüche

Besonders im Personengesellschaftsrecht kann es im Einzelfall mit Schwierigkeiten verbunden sein, festzustellen, ob Gegenstand einer Verfügung über die vermögensrechtliche Seite der Mitgliedschaft die Vermögensstammrechte als solche oder lediglich die vermögensrechtlichen Ansprüche sind.
Diese Frage kann sich z.B. anlässlich der Neuaufnahme eines Gesellschafters stellen, wenn die Einlage des Neueintretenden aus Teilen der Mitgliedschaft eines oder mehrerer Altgesellschafter besteht. Dieser Vorgang kann sich, wie bereits aufgezeigt (1), auf zweierlei Art vollziehen: dem Neueintretenden kann ein Teil der Mitgliedschaft eines Altgesellschafters abgetreten sein, so dass er mit Vollzug der Abtretungsverfügung unmittelbar Mitglied der Gesellschaft wird; Gegenstand der Zession kann aber auch lediglich ein Teil der vermögensrechtlichen Ansprüche sein, die mit dem Aufnahmevertrag zu einer vollen Mitgliedschaft ergänzt werden.
Der Feststellung, ob der Ehegatten-Gesellschafter im Einzelfall über seine Mitgliedschaft als solche oder lediglich über seine vermögensrechtlichen Ansprüche verfügt hat, bedarf es jedoch in unserem Zusammenhang nicht; denn auch die Verfügung über die vermögensrechtlichen Ansprüche bewirkt eine unmittelbare inhaltliche Änderung des Geschäftsanteils dann, wenn sie sich auf zukünftige, noch nicht voll zur Entstehung gelangte Ansprüche erstreckt.

---

(1) Vergl. S.91ff oben.

Solange die Gesellschaftsversammlung über die Ausschüttung von Gewinn oder die Auflösung der Gesellschaft noch nicht beschlossen hat, sind die zukünftigen Ansprüche inhaltlicher Bestandteil der Mitgliedschaft. Mit ihrer Abtretung (§ 398 BGB) werden sie aus der Beteiligung des zedierenden Gesellschafters herausgenommen und gehen in den alleinigen Vermögensbereich des Zessionars über (1). Wenn dem Zedenten auch die Vermögensstammrechte verbleiben, damit also die Befugnis, die Konkretisierung und Entstehung der zukünftigen Ansprüche zu betreiben, so hat sein Geschäftsanteil dennoch eine inhaltliche und umfängliche Änderung erfahren, als er nämlich nun um die abgetretenen Vermögensansprüche beraubt ist (2).
Nur Verfügungen über bereits fällige Ansprüche lassen den Gesellschaftsanteil unberührt, weil sie mit ihrer vollen Entstehung aus dem Kreis der Rechte und Rechtsbeziehungen ausscheiden, die das Verhältnis des Gesellschafters zum Gesellschaftsvermögen und damit den Geschäftsanteil charakterisieren. Ihre Geltendmachung bedeutet dann auch nicht die Ausübung von Gesellschaftsrechten, sondern Gesellschafter und Gesellschaft stehen sich hier wie gewöhnliche Gläubiger und Schuldner gegenüber, weshalb diese Ansprüche auch samt Ausübungsbefugnis ohne weiteres Dritten überlassen werden können.

---

(1) Wiedemann, a.a.O., S. 299;
(2) Dies wird verkannt, wenn gesagt wird, dass gesellschaftsvertragliche Änderungen der Auseinandersetzungs- sowie Gewinn- und Verlustregelung keine Verfügungen über den Geschäftsanteil des benachteiligten Gesellschafters darstellen würden, vergl. Tilkorn, a.a.O., S. 81; Haegele GmbHRdschau 1965/187 ff, 190; Reinicke BB 1957/1005; Tiedau MDR 1959/254; Beitzke DB 1961/24; Fischer NJW 1960/942.

Die Abtretung der zukünftigen Vermögensansprüche bewirkt auch eine unmittelbare Minderung des Gesellschaftsanteils in seinem wirtschaftlichen Wert.
Dies könnte deshalb zweifelhaft sein, weil nach der h.M. die Abtretung einer der Vermögensansprüche entkleideten Mitgliedschaft bewirkt, dass auch diese Vermögensansprüche, soweit sie in der Hand ihres Inhabers noch nicht voll zur Entstehung gelangt sind, auf den Empfänger der Mitgliedschaft übergehen (1). Hieraus könnte man zu folgern versucht sein, dass der eigentliche Vermögenswert der Beteiligung in den Vermögensstammrechten gelegen und deshalb trotz der Abtretung der Gläubigerrechte bei dem Zedenten verblieben sei.
Das ist jedoch nicht der Fall; die rein rechtliche Möglichkeit, über die abgetretenen vermögensrechtlichen Ansprüche mittelbar ein zweites Mal zu verfügen, schafft keinen Tatbestand der Zuordnung, wie er das Vermögensrecht kennzeichnet. Die zukünftigen Forderungsrechte sind allein dem Zessionar zugeordnet, und der Vermögenswert einer Mitgliedschaft, die sämtlicher Gläubigerrechte beraubt ist, beträgt null.

Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte über den Gesellschaftsanteil des Ehegatten sowie über die noch nicht fälligen Gläubigerrechte unterliegen der Vinkulierung des § 1365 BGB natürlich wiederum nur dann, wenn sie den Vermögenswert der Beteiligung ganz oder nahezu ganz aushöhlen (2).

---

(1) Siehe Anm.2 auf Seite 13o oben.

(2) Abweichend Fischer NJW 196o/942; Reinicke BB 196o/1oo5; Wiedemann, a.a.O., § 1o II 2 b, S. 263; OLG Köln, NJW 1962/211o, die eine erhebliche wirtschaftliche Beeinträchtigung genügen lassen wollen. Die Frage ist allerdings im Zusammenhang mit unentgeltlichen Verfügungen behandelt.
Wie hier: Beitzke DB 1961/25; Tiedau MDR 1959/254; Schlegelberger-Gessler, § 1o5 Rdnr. 55 a.

3. Der wirtschaftliche Wert der Beteiligung

Die Bewertung einer Gesellschaftsbeteiligung kann zu verschiedenen Ergebnissen führen, je nachdem, unter welchem Gesichtspunkt man sie vornimmt. So kann die Höhe des Auseinandersetzungsanspruchs eine andere als die des Abfindungsanspruchs sein, und beide wiederum können sich von dem Verkaufswert der Beteiligung unterscheiden.
Da § 1365 BGB die potentielle Vermögensbeteiligung des anderen Ehegatten zu schützen bestimmt ist, hat man bei der Frage, ob eine Verfügung über den Geschäftsanteil oder die vermögensrechtlichen Ansprüche den wirtschaftlichen Wert der Beteiligung ganz oder nahezu ganz aushöhlt, den gleichen Masstab anzulegen, wie er auch bei der Berechnung der Ausgleichsforderung heranzuziehen ist. Hier aber ist die Beteiligung des Ehegatten an der Gesellschaft mit deren objektiven Verkehrswert in Ansatz zu bringen, somit auch sein Anteil an den stillen Reserven der Gesellschaft und dem immateriellen Geschäftswert des gesellschaftlichen Unternehmens zu berücksichtigen (1).

---

(1) Vergl. Buchwald BB 1958/493 ff, 494; Boesebeck DB 1958/1147; Krüger DB 1958/1189; Reinicke BB 1957/759 ff,763; Tiedau MDR 1959/253 ff, 256; Erman-Bartholomeyczik § 1376 Anm. 3 ff; Tilkorn, a.a.O., S.96.
Es kann dahingestellt bleiben, ob der Abfindungsanspruch als Bewertungsmasstab zu gelten hat, wenn der Güterstand durch den Tod des Gesellschafter-Ehegatten endet und der Gesellschaftsvertrag bestimmt, dass die Erben für diesen Fall nur eine Abfindung erhalten, desgleichen, wenn der Gesellschafter-Ehegatte die Beteiligung oder einen Teil von ihr zur Befriedigung der Ausgleichsforderung veräussern muss und dadurch eine ursächliche Wertminderung eintritt, weil der Abfindungsanspruch nicht dem vollen Wert der Beteiligung entspricht. Denn Zeit und Art der Beendigung des Güterstandes sind ungewiss; damit aber besteht für den anderen Ehegatten heute sozusagen die Aussicht, dass die Beteiligung bei der Berechnung der Ausgleichsforderung mit ihrem vollen Verkehrswert in Ansatz kommt.

Diese Wertermittlung kannauf zweierlei Art geschehen: entweder werden die das Gesellschaftsvermögen bildenden Gegenstände einzeln bewertet, offene und stille Reserven aufgelöst und dem Anteil des Ehegatten-Gesellschafters an diesen Werten ein anteiliger Firmenwert hinzugerechnet sowie die auf ihn entfallenden Verbindlichkeiten der Gesellschaft abgezogen, oder es wird - wie es vielfach üblich ist - ein Mittelwert aus Substanz- und Ertragswert gebildet und hiervon ein angemessener Unternehmerlohn in Abzug gebracht (1).
Auch der objektive Verkehrswert einer Mitgliedschaft, die in einem Wertpapier verbrieft frei gehandelt wird, wird nach diesen Grundsätzen zu ermitteln sein; denn der Börsenkurs, den das Papier am Tage der Vornahme des Gesamtvermögensgeschäfts erzielt, kann sich weit über oder weit unter dem wirklichen Werte der Mitgliedschaft bewegen (2).
Die Betrachtung dieser Bewertungsgrundsätze macht es ohne weiteres deutlich, dass der gesellschaftliche Gewinn entscheidenden Einfluss auf den objektiven Verkehrswert der einzelnen Mitgliedschaft ausüben kann. Es ist

---

(1) Vergl. Buchwald, a.a.O.; Krüger, a.a.O.; ungenau ist es dagegen, wenn gesagt wird, dass § 1365 BGB eingreife, wenn der Kapitalanteil des Ehegatten herabgesetzt werde. Denn ein Gesamtvermögensgeschäft kann auch in der Abtretung lediglich der vermögensrechtlichen Bezüge an einen Dritten gelegen sein; dadurch erfährt der Kapitalanteil des Ehegatten aber keine Änderung, weil hierdurch seine Vermögensbeteiligung im Verhältnis zu den Mitgesellschaftern nicht berührt wird.

(2) Es erscheint zweifelhaft, ob diese Papiere bei der Berechnung der Ausgleichsforderung mit ihrem Kurswert am Stichtag (1376 Abs. 2 BGB) anzusetzen sind; denn dies kann bei einer augenblicklichen starken Über- oder Unterbewertung des Wertpapiers zu einer erheblichen Benachteiligung einer der beiden Ehegatten führen. Zweifelnd wohl auch Soergel-Vogel, § 1376 Rdnr. 11.

deshalb auch unrichtig, wenn gesagt wird, dass eine gesellschaftsvertragliche Änderung der Gewinnbeteiligung zuungunsten des Ehegatten-Gesellschafters sowie sonstige Verfügungen über diese Ansprüche (1) immer zustimmungsfrei seien, weil § 1365 BGB nicht die Ertragsfähigkeit des Vermögens schütze (2).
Zwar ist zuzugeben, dass etwa der vertragliche Verzicht des Ehegatten auf eine weitere Gewinnbeteiligung in aller Regel nicht geeignet sein wird, den Gesellschaftsanteil in seinem wirtschaftlichen Werte ganz bzw. nahezu ganz auszuhöhlen; im Einzelfall ist diese Folge aber durchaus vorstellbar, und zwar dann, wenn der Substanzwert der Beteiligung gegenüber ihrem Ertragswert vollkommen in den Hintergrund tritt. Wenn das Publikum bereit ist, derartige Mitgliedschaften zu hohen Preisen zu erwerben, dann ist es in Wahrheit der erwartete gesellschaftliche Gewinn, der den Gegenstand des Ankaufs bildet. Insoweit handelt es sich auch nicht um zukünftiges, durch § 1365 BGB nicht geschütztes, sondern um echtes gegenwärtiges Vermögen.

---

(1) Als "sonstige Verfügungen über den Gewinnanspruch" kommen z.B. die Bestellung eines Niessbrauchs (§§ 1068, 1069 BGB) oder eines Nutzungspfandrechts (§§ 1273, 1274, 1213 BGB) in Betracht. Zwar ergreifen diese Rechte den Geschäftsanteil im ganzen; ihre wesentliche Wirkung besteht aber darin, dass der Ertragswert der Beteiligung dem Niessbraucher bzw. Nutzungspfandgläubiger zusteht, während dem verfügenden Gesellschafter nur der Substanzwert der Beteiligung verbleibt, vergl. Scholz GmbHG, § 15 Rdnr. 12 u. 87.
(2) So vorallem Eiselt JZ 1960/563; Kastrup, a.a.O., S. 52; Ollig, a.a.O., S. 134; Tiedau MDR 1959/254.

4. Einzelne Verfügungsgeschäfte über den Gesellschaftsanteil

Die Feststellung allein, dass ein Rechtsgeschäft eine Verfügung über den Geschäftsanteil beinhaltet, durch die der wirtschaftliche Wert der Beteiligung ganz oder nahezu ganz ausgehöhlt wird, genügt noch nicht, das Eingreifen des § 1365 BGB zu bejahen. Hinzukommen muss vorallem, dass der Verfügung ein entsprechender Verpflichtungsvertrag zugrundeliegt bzw. für die Fälle seines Fehlens eine entsprechende Anwendung der Norm in Frage steht und dass die Besonderheiten des Gesellschaftsrechts nicht eine Mitwirkung des anderen Ehegatten an Rechtsgeschäften über die Gesamtvermögensbeteiligung ausnahmsweise verbieten.
Diese Fragen sind für einige Rechtsgeschäfte über den Gesellschaftsanteil bestritten.

a. Die Neuaufnahme eines Personengesellschafters

Weit auseinander gehen die Ansichten darüber, ob die Mitwirkung des Gesellschafter-Ehegatten an der Aufnahme eines Gesellschafters in eine Personengesellschaft, an der er mit seinem gesamten Vermögen beteiligt ist, der Zustimmung des anderen Ehegatten bedarf (1). Teils wird hier das Fehlen eines Verpflichtungsgeschäfts nach Satz 1 (2), teils das Fehlen einer Verfügung nach Satz 2 des § 1365 Abs. 1 BGB behauptet (3); eine weitere Meinung fordert die Zustimmung des anderen Ehegatten stets (4), während wiederum andere die Anwendbarkeit des § 1365 BGB nur bejahen, wenn durch die Neuaufnahme der Kapitalanteil des Ehegatten erheblich sinkt (5).
Es bedarf hier keiner weiteren Erörterung darüber, wie der Rechtsvorgang der Neuaufnahme, sei es, dass es sich um einen zusätzlichen Beitritt handelt, sei es, dass der Neueintretende an die Stelle eines scheidenden Gesellschafters tritt, im einzelnen zu erklären ist (6). Denn mag die Neuaufnahme im Einzelfall eines Aufnahmevertrages zwischen den Altgesellschaftern und dem Neueintretenden bedürfen oder mag man diesen - wie es die h.M. tut - stets fordern: ein Anteil am gesamthänderischen

---

(1) Im Kapitalgesellschaftsrecht kommt diese Frage nicht zum Tragen, weil hier die Neuaufnahme anlässlich der Erhöhung des Grund- oder Stammkapitals oder des Übergangs einer bestehenden Mitgliedschaft auf den Beitretenden den Geschäftsanteil des Ehegatten in keiner Weise berührt.
(2) Schlegelberger-Gessler, § 1o5 Anm. 55 b.
(3) Erman-Bartholomeyczik, § 1365 Anm. 5 b bb; Wiedemann, a.a.O., S. 261/262.
(4) Beitzke DB 1961/24; Eiselt JZ 196o/564; Mülke, s. Diss. S. 96.
(5) Tiedau Dt. Notartag 1961/S.113; ders. MDR 1961/725; Tilkorn, a.a.O., S. 83.
(6) siehe hierzu S.91 f oben;

Gesellschaftsvermögen wächst dem Beitretenden kraft Gesetzes zu (§ 738 Abs. 1 S. 1 BGB analog, §§ 1o5 Abs. 2, 161 Abs. 2 HGB) ebenso wie ein Kapitalanteil als Massstab für Höhe und Umfang seiner wertmässigen Beteiligung, wenn dieser sich nach der erbrachten Einlage berechnet. Hierdurch erfährt der Anteil des Ehegatten zwar eine inhaltliche Änderung, weil die Gesellschaft und Gesamthandsgemeinschaft nunmehr aus anderen bzw. mehreren Personen besteht; die Anwendung des § 1365 BGB scheitert aber einmal daran, dass diese Inhaltsänderung auf dem Gesetz beruht und nicht die unmittelbare Folge und rechtsgeschäftlich gewollte Wirkung des Aufnahmevertrages ist (1), zum anderen daran, dass hierdurch der wirtschaftliche Wert der Beteiligung des Ehegatten nicht aufgezehrt wird.

Ein Rechtsgeschäft der in § 1365 BGB bezeichneten Art wäre in dem Aufnahmevertrag nur dann gelegen, wenn hierin zwischen den Beteiligten vereinbart wird, dass dem Beitretenden ein Geschäftsanteil zustehen soll, der den Wert seiner Einlage übersteigt und hierdurch die Beteiligung des Ehegatten praktisch wertlos wird. Diese Absprache wäre so zu begreifen, dass der Ehegatten-Gesellschafter seine gesamte bzw. nahezu gesamte Beteiligung dem Neueintretenden unentgeltlich zuwendet (2).

---

(1) So zu Recht Erman-Bartholomeyczik, a.a.O.

(2) Vergl. Wiedemann, a.a.O., S. 3o9 Fsnte 1 .

b. Gesellschaftsvertragliche Änderungen der Liquidations- und Abfindungsregelung

Die gesetzlichen Regelungen über Art und Form der Auseinandersetzung und Abfindung (§§ 73o ff BGB, §§ 145 ff HGB, §§ 262 ff AktG, §§ 6o ff GmbHG) werden von den Beteiligten, insbesondere im Personengesellschaftsrecht, in der Regel durch gesellschaftsvertragliche Vereinbarungen ersetzt oder ergänzt, weil eine Liquidation gemäss den gesetzlichen Bestimmungen oftmals zu einer Vernichtung bedeutender Unternehmenswerte führen würde. Diese Vereinbarungen ihrerseits unterliegen in der Praxis einer häufigen Änderung, sei es, um hierdurch die Auseinandersetzungsregelung den zwischenzeitlich veränderten Umständen des Gesellschaftsbetriebes anzupassen, sei es, weil sich die Machtverhältnisse unter den Beteiligten verschoben haben.
In der Mitwirkung des Ehegatten an der Vereinbarung oder Abänderung einer Auseinandersetzungs- oder Abfindungsregelung ist ein zustimmungsbedürftiges Rechtsgeschäft gelegen, wenn die Änderung der ursprünglich gesellschaftsvertraglich oder, mangels einer solchen, gesetzlich bestimmten Art der Erfüllung seines Abfindungs- oder Liquidationsanspruchs einer Umschichtung seiner Gesamtvermögensbeteiligung in eine andere Substanz gleichkommt.
War etwa in dem Vertrage einer zweigliedrigen Gesellschaft bestimmt, dass der gesellschaftliche Betrieb bei dem Ausscheiden eines Gesellschafters sachlich aufgespalten werde, so bedarf der Ehegatten-Gesellschafter der Zustimmung seines Ehepartners, wenn er sich nunmehr mit einem Bargeldbetrage abzufinden bereit erklären will. Eine derartige abändernde Liquidationsvereinbarung bewirkt, dass das Abfindungs- bzw. Auseinandersetzungsguthaben, die " Gegenleistung " für die Aufgabe des Geschäftsanteils, von nun an durch eine andere Vermögenssubstanz

repräsentiert wird. Zwar kommt die inhaltliche Änderung der zukünftigen Vermögensansprüche und damit die des Geschäftsanteils im ganzen erst mit dem Auflösungsbeschluss der Gesellschafter oder einer Auflösungskündigung bzw. der Durchführung der Auseinandersetzung voll zur Wirkung; diese Rechtsgeschäfte dienen aber nur der Verwandelung der zukünftigen Ansprüche in fällige Guthaben, somit der Konkretisierung der Vermögensansprüche und der Vollziehung der vorherigen Verfügung, nicht ändern sie den Forderungsinhalt der Ansprüche selbst.
Zustimmungsfrei ist hingegen eine abändernde Liquidationsvereinbarung einmal dann, wenn sie nur eine teilweise Vermögensumschichtung bewirkt. Das wäre in unserem obigen Beispiel etwa dann der Fall, wenn der Ehegatte zwar bei Auflösung der Gesellschaft einen sachlichen Teil des Unternehmens erhalten soll, dieser jedoch nach der neuen Vereinbarung nicht mehr in vollem Umfang seinem Kapitalanteil entspricht und deshalb der andere Gesellschafter die wertmässige Differenz durch die Aufzahlung eines Bargeldbetrages auszugleichen hat. Auch dieses Rechtsgeschäft beinhaltet zwar eine Verfügung über den Geschäftsanteil des Ehegatten im ganzen, nicht aber wird er im Sinne der wirtschaftlichen Betrachtungsweise in seinem Werte ganz oder nahezu ganz ausgehöhlt.
Die rechtsgeschäftliche Änderung einer bestehenden Abfindungsklausel zuungunsten des Ehegatten ist ebenso wie ihre erstmalige Vereinbarung immer zustimmungsfrei, wenn die Vereinbarung nur eine Kürzung des Abfindungsanspruchs bestimmt bzw. die neu vereinbarte Abfindungsklausel dem Ehegatten substanzmässig dasselbe gewährt, wie die gesetzliche oder in der Satzung bestimmte Auseinandersetzungsregelung, und die Vereinbarung nicht einen gänzlichen oder nahezu gesamten Verzicht des Ehegatten auf die

Vermögensansprüche enthält (1).
Ist etwa im Gesellschaftsvertrag bestimmt, dass der Ehegatte im Falle seines alleinigen Ausscheidens in Höhe seines Auseinandersetzungsanspruchs abzufinden sei, so ist nicht einzusehen, warum er nicht zustimmungsfrei vereinbaren können sollte, dass sich die Höhe seines nunmehrigen Abfindungsanspruchs nach dem Kapitalanteil richten solle (2). Ist der Ehegatte auch sonst nicht gehindert, über sein Vermögen im ganzen unentgeltlich zu verfügen, sofern er nur nicht den gesamten Vermögenswert auf den Begünstigten überträgt, so ergeben sich aus dem Umstand, dass sein gesamtes Vermögen durch die Beteiligung an der

---

(1) Als zustimmungsfrei wäre unter diesen Voraussetzungen auch die Umwandlung einer Kommanditisten- in eine Komplementärstellung und umgekehrt zu erachten. Die zusätzliche Übernahme der persönlichen Haftung (§ 161 Abs. 1 HGB) ist durch § 1365 BGB nicht verboten, ganz abgesehen davon, dass sie in den Anwendungsfällen des § 1365 BGB, bei denen der Ehegatte mit seinem gesamten Vermögen an der Gesellschaft beteiligt ist, m.E. überhaupt nicht zum Tragen kommt. Die Umwandelung ist nur dann zustimmungspflichtig, wenn sie die Beteiligung in ihrem wirtschaftlichen Wert aushöhlt. Das ist etwa dann der Fall, wenn der wesentliche Wert des Geschäftsanteils in dem Gewinnanspruch steckt, dieser aber in verdeckter Form in dem Geschäftsführergehalt enthalten ist und der Ehegatte sich mit der Umwandelung seiner Beteiligung in eine Kommanditisteneinlage des Geschäftsführeramtes begibt (§ 164 HGB).

(2) Die Zustimmung verlangen Eiselt JZ 1960/563; Kastrup, a.a.O., S. 53; Fischer NJW 1960/942, der nur eine einschneidende bzw. eine von der Praxis abweichende Abfindungsklausel für zustimmungsbedürftig hält; auch Ollig, a.a.O., S. 138, verlangt stets die Mitwirkung; unrichtig ist, wenn er in diesem Zusammenhang ausführt, dass eine rechtsgeschäftliche Änderung des Abfindungsanspruchs in seiner Höhe keine Verfügung über den Geschäftsanteil enthalte. Jede Verfügung über die zukünftigen Vermögensansprüche bewirkt eine unmittelbare Änderung der Beteiligung im ganzen! Vergl. auch Wiedemann a.a.O., § 10 II 2 b, S. 262.

Gesellschaft dargestellt ist, keine Besonderheiten, die zu einer abweichenden Beurteilung Veranlassung geben (1).

Aber auch in der erstmaligen Vereinbarung einer Abfindungsklausel kann der Ehegatten-Gesellschafter nicht an die Mitwirkung seines Ehepartners gebunden sein, sofern der Abfindungsanspruch substanzmässig auf dasselbe wie der Liquidationsanspruch gerichtet ist, wenn also Auseinandersetzungs- und Abfindungsguthaben, wenn auch nicht der Höhe nach, so jedoch ansonsten identisch sind (2). Die Gesellschaftsabrede hat zwar zur Folge, dass bei Kündigung des Ehegatten sich seine Beteiligung nicht an der Liquidationsgesellschaft fortsetzt, sondern unmittelbar in das Abfindungsguthaben verwandelt. Dieser unterschiedlichen Folge kann aber im Hinblick auf den Zweck des § 1365 BGB, nämlich eine Umschichtung des gesamten Vermögens in eine andere Substanz zu verhindern, keine Bedeutung zugemessen werden. Denn die Kündigung des Ehegatten mit dem Ziel der Auflösung der Gesellschaft und die Kündigung mit der Folge seines alleinigen Ausscheidens unterscheiden sich nur im wesentlichen dadurch, dass hier ein durch die Abwicklung der Auseinandersetzung gleichsam bedingt fälliges Liquidations-, dort ein sofort fälliges Auseinandersetzungsguthaben zur Entstehung kommt. Beiden aber ist der im Hinblick auf § 1365 BGB entscheidende Umstand gemeinsam, dass sie zu einem Untergang der Beteiligung des Ehegatten führen.

---

(1) Unrichtig ist es, wenn Ollig a.a.O., S. 153 die Zustimmung mit der Begründung fordert, die neue Abfindungsklausel sei von der ursprünglichen Einwilligung des anderen Ehegatten nicht gedeckt; hierzu vergl. S.12o oben;

(2) A.A.: Boesebeck DB 1958/1148; Ollig a.a.O., S. 137; Kastrup a.a.O., S. 52.

c. Vereinbarungen über die Dauer und die Fortsetzung der Gesellschaft

Die Mitwirkung des Ehegatten-Gesellschafters an gesellschaftsvertraglichen Vereinbarungen über Dauer und Fortsetzung der Gesellschaft unterliegen in aller Regel nicht der Zustimmung des anderen Ehegatten.
Die Umwandelung einer auf eine Höchstdauer eingegangenen Gesellschaft in eine solche von unbestimmter Dauer beinhaltet zwar eine Verfügung über die Beteiligung des einzelnen Gesellschafters; der Geschäftsanteil des mitwirkenden Ehegatten erfährt hierdurch aber lediglich eine inhaltliche Änderung, die sich weder als eine Vermögensumschichtung darstellt noch die Beteiligung in ihrem wirtschaftlichen Werte aushöhlt (1).
Die Risiken, die mit einer Verlängerung der Gesellschaftsdauer verbunden sind, bedrohen zwar auch die Vermögensinteressen des anderen Ehegatten; durch § 1365 BGB ist er hiervor jedoch nicht geschützt.
Es wird hier eingewendet, dass die Verlängerung der Gesellschaftsdauer, die als Höchst- und Mindestzeit zugleich vereinbart war, vom Ergebnis her betrachtet der Neugründung einer Gesellschaft sehr nahe komme, dieses Rechtsgeschäft aber der Vinkulierung unterliege, falls sich der Ehegatte im Gesellschaftsvertrag zur Einbringung seines gesamten Vermögens verpflichte (2).
Diesem Einwand ist entgegenzuhalten, dass echte Neugründung und blosse Verlängerung sich in dem für § 1365 BGB gravierenden Merkmal unterscheiden, dass dort eine

(1) Im Ergebnis wohl ebenso Beitzke DB 1961/24; Eiselt JZ 1960/563, allerdings nur ausdrücklich für die Fälle, in denen der Gesellschaftsvertrag die Möglichkeit der Verlängerung vorsieht;
a.A. Tubessing BB 1966/831.
(2) Tubessing a.a.O.; Ollig a.a.O. .

Umschichtung des Vermögens stattfindet, hier aber die Umsetzung der Beteiligung in eine andere Substanz, nämlich in ein freies Abfindungs- oder Auseinandersetzungsguthaben, lediglich hinausgeschoben wird.
Die rechtsgeschäftliche Verlängerung der Gesellschaft ist deshalb eher vergleichbar der Fallgestaltung, dass der zustimmungsberechtigte Ehegatte seine Einwilligung zu einem von dem anderen Eheteil beabsichtigten Gesamtvermögensgeschäft erteilt, dieses Rechtsgeschäft aber sodann unterbleibt, ohne dass seinem Abschluss tatsächliche oder rechtliche Gründe entgegengestanden hätten. Hier kann der mitwirkungsberechtigte Ehegatte aus der erklärten Einwilligung nicht einen Anspruch auf Vornahme des konsentierten Rechtsgeschäfts ableiten. § 1365 BGB gewährt dem anderen Ehegatten kein Recht, auf die Vertragsgestaltung in sachlicher und zeitlicher Hinsicht Einfluss zu nehmen. Ob somit überhaupt und gegebenenfalls wann der Gesellschafter-Ehegatte seine Mitgliedschaft beendet, liegt in seiner alleinigen Entscheidungsbefugnis auch dann, wenn etwa ihre sofortige Beendigung ganz im Interesse einer ordnungsmässigen Vermögensverwaltung stehen würde.
Es wird nicht verkannt, dass ein Unterschied zu jenen Fällen bestehen bleibt, bei denen sich die Umschichtung des Vermögens kraft Gesetzes vollzieht, wie etwa bei der auf eine Höchstdauer oder unter einer auflösenden Bedingung eingegangenen Gesellschaft, und der Eintritt des massgeblichen Zeitpunkts bzw. der Bedingung von den Vertragsbeteiligten durch Rechtsgeschäft gehindert wird. Die Freistellung dieser Gesamtvermögensgeschäfte lässt sich aber dennoch mit der zusätzlichen Erwägung rechtfertigen, dass andere, weit risikoreichere Änderungen

des Gesellschaftsvertrages von dem Ehegatten zustimmungslos vereinbart werden können (1).

Die Mitwirkung des Ehegatten ist nur dann zu fordern, wenn er der Begründung einer zeitlich begrenzten oder bedingten Mitgliedschaft seines Ehepartners zustimmen musste und zugestimmt hat oder die Gesellschaft oder die Mitgliedschaft des Ehegatten bereits mit seiner Einwilligung in das Auflösungsstadium getreten ist und nun eine Fortsetzung der Gesellschaft unter Einschluss des Ehegatten beschlossen werden soll. Hier würde eine Verlängerung der Gesellschaftsdauer ein Gesamtvermögensgeschäft beinhalten, das von der Zustimmung des anderen Ehegatten nicht mehr gedeckt wäre bzw. die Rückumwandlung des Abfindungsguthabens in eine volle Mitgliedschaft würde der erklärten Einwilligung des mitwirkungsberechtigten Ehegatten in die Auflösung der Beteiligung widersprechen.

---

(1) So Hueck R.d. OHG, § 23 V 1, S. 257 Fsnte 42 zur Frage, ob der Minderjährige zum Fortsetzungsbeschluss der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf; zu den genehmigungsbedürftigen Änderungen des Gesellschaftsvertrages i.S.d. § 1822 Nr. 3 BGB vergl. auch BGHZ 38/26.

d. Tatbestände der Beendigung der Gesellschaft oder Mitgliedschaft
(Veräusserung der Mitgliedschaft; Kündigung der Gesellschaft oder Mitgliedschaft und Auflösungsbeschluss; Preisgabe und Zustimmung zur Einziehung des Geschäftsanteils).

Ein Rechtsgeschäft, durch das sich der Ehegatten-Gesellschafter verpflichtet, den sein im wesentlichen gesamtes Vermögen bildenden Gesellschaftsanteil auf einen Dritten, einen Mitgesellschafter oder die Gesellschaft selbst zu übertragen, bedarf zweifellos der Zustimmung des anderen Ehegatten (1). Denn die durch die Erfüllung dieses Vertrages bewirkte Umsetzung des Vermögens in eine andere Substanz ist der gleichsam klassische Anwendungsfall des § 1365 BGB.
Der Verlust des Gesellschaftsanteils in der Hand des Ehegatten-Gesellschafters tritt aber in gleicher Weise ein bzw. wird zumindest vorbereitet, wenn er der Einziehung seines Geschäftsanteils durch die Gesellschaft zustimmt (§ 34 GmbHG) oder wenn er diesen im Falle der Einforderung eines Nachschusses der Gesellschaft zur Verfügung stellt (§ 27 GmbHG).
Dieselbe Wirkung kommt schliesslich den Tatbeständen der Auflösung der Gesellschaft oder Mitgliedschaft zu, sei es, dass sie durch einen dahingehenden Beschluss der Gesellschafter (§§ 131 Ziff. 2, 161 Abs. 2 HGB, § 262 Abs. 1 Ziff. 2 AktG, § 60 Abs. 1 Ziff. 2 GmbHG), sei es, dass

---

(1) OLG Köln NJW 1962/2109; Fischer NJW 1960/943; Haegele GmbHRdschau 1965/190; Wiedemann, a.a.O., § 10 II 2 b, S. 264; Tubessing BB 1966/831;
a.A. Reinicke BB 1960/1005, für den Fall, dass die Veräusserungen des Geschäftsanteils zum Zwecke der Auseinandersetzung geschieht.

sie durch eine entsprechende Kündigung (§§ 723 Abs. 3 BGB, 132, 161 Abs. 2 HGB) erfolgen (1) (2).

Im Gegensatz zur Veräusserung der Beteiligung stösst es jedoch auf mehrfache Bedenken, diese die Mitgliedschaft des Ehegatten beendenden Rechtsgeschäfte der Vinkulierung des § 1365 BGB zu unterwerfen.

---

(1) Auch im Kapitalgesellschaftsrecht kann die Kündigung als Auflösungsgrund statuarisch vereinbart werden (§ 262 Abs. 2 AktG, § 6o Abs. 2 GmbHG); vergl. Barz in Grosskom. AktG, § 2o3 Anm. 16 u. 39; Baumbach-Hueck, AktG, § 2o3 Anm. 6; Würdinger, AktR, S. 266; Scholz GmbHG, § 6o Rdnr. 23 ff;

(2) Zur Auflösungsklage (§ 133 HGB, §§ 6o Abs. 1 Ziff. 3, 61 GmbHG) siehe S.163 unten;

aa. Die Erfüllung des Verfügungsbegriffs

Die Anwendung des § 1365 BGB auf die rechtsgeschäftlichen Tatbestände der Auflösung und Beendigung der Gesellschaft oder Mitgliedschaft scheitert nicht an dem Erfordernis einer in diesen Rechtsgeschäften gelegenen Verfügung über die Beteiligung.

Die Einziehung des Geschäftanteils durch die Gesellschaft ist ein einseitiges Verfügungsgeschäft, das mit seinem Wirksamwerden den unmittelbaren Untergang der Beteiligung bewirkt (1). Demgemäss ist auch die Zustimmung des Rechtsinhabers zu dieser Verfügung selbst als ein Verfügungsgeschäft zu werten (2).
Die Preisgabe des Geschäftsanteils (§ 27 GmbHG) hat zwar nicht den unmittelbaren Verlust der Mitgliedschaft zur Folge; vielmehr verbleibt der Anteil bis zum Zeitpunkt seines Erwerbs durch einen Dritten bei dem preisgebenden Gesellschafter allein. Mit der Zurverfügungstellung wird aber das Recht der Gesellschaft begründet, den Geschäftsanteil im Wege öffentlicher Versteigerung oder - bei besonderer Vereinbarung - freihändig zu verkaufen und begründet somit ein Verfügungsrecht der Gesellschaft selbst.
In gleicher Weise beinhalten die Kündigung der Gesellschaft oder der Mitgliedschaft ebenso wie die Zustimmung zu einem hierauf gerichteten Beschluss aller Gesellschafter eine Verfügung über den Gesellschaftsanteil. Denn diese rechtsgeschäftlichen Handlungen bewirken, dass sich die

---

(1) Scholz GmbHG, § 34 Rdnr. 8; Brodmann GmbHG, § 34 Anm. 3; Baumbach-Hueck GmbHG, § 34 Anm. 3;
a.A. wohl BGH GmbHRdschau 1953/72 ff, 73, weil hier die Bezahlung des Einziehungsentgelts Zug um Zug gegen die Einziehung verlangt wird.
(2) vergl. oben S.8o.

werbende Gesellschaft in eine Liquidationsgesellschaft oder sich der Anteil des seine Mitgliedschaft allein kündigenden Gesellschafters mit dem Ablauf der Kündigungsfrist in ein freies Abfindungsguthaben verwandeln (1).

Sofern der Auflösungstatbestand nur die Auseinandersetzung der Gesellschaft einleitet, bestehen zwar die Beteiligungen der einzelnen Mitglieder an der Liquidationsgesellschaft fort (2) und gehen erst mit der vollständigen Abwicklung der Gesellschaft unter; aber die Änderung des allen Beteiligten gemeinsamen Zwecks, der von nun an nur noch auf die Vollbeendigung der Gesellschaft gerichtet ist, bewirkt auch eine inhaltliche Änderung des einzelnen Geschäftsanteils (3).

Mit dem Hinweis, dass die Kündigung der Gesellschaft im Gegensatz zur Kündigung der Mitgliedschaft nicht den unmittelbaren Untergang des Geschäftsanteils bewirkt, kann dieses Verfügungsgeschäft nicht von der Vinkulierung des

---

(1) Der Kündigung eines Kapitalgesellschafters kann allerdings die den Geschäftsanteil in ein freies Abfindungsguthaben unmittelbar umwandelnde Wirkung nur zukommen, wenn sie zugleich einen Veräusserungsvertrag über die Beteiligung zum Abschluss bringt; denn gegen das Grundkapital kann der kündigende Gesellschafter einen Abfindungsanspruch nur erwerben, wenn die Kapitalgesellschaft den Geschäftsanteil selbst in zulässiger Weise erwirbt (§ 57 Abs. 1 AktG, §§ 3o Abs. 1, 33 Abs. 2 GmbHG).

(2) §§ 73o Abs. 2 BGB, 156 HGB, § 264 Abs. 2 AktG, § 69 GmbHG).

(3) Wiedemann a.a.O., § 1o II 2 b, S. 263; Tubessing BB 1966/831.

§ 1365 BGB freigestellt werden (1) (2). Denn vom wirtschaftlichen Erfolg her gesehen unterscheiden sich diese beiden Auflösungstatbestände lediglich in dem einen Punkte, dass der Geschäftsanteil hier gleichsam sukzes-

---

(1) So aber Fischer NJW 1960/942; ihm folgend Tilkorn a.a.O., S. 88 ff, der aber auch entgegen Fischer die Kündigung mit der Folge des alleinigen Ausscheidens des Ehegatten-Gesellschafters für zustimmungsfrei erachtet, weil die Umwandelung des Geschäftsanteils in ein freies Abfindungsguthaben nicht auf Grund der Kündigung, sondern auf Grund der Gesellschaftsvereinbarung, bei Kündigungen auszuscheiden, erfolge.

Würde man dieser Meinung folgen, dann müsste man konsequenterweise die nachträgliche Vereinbarung einer Abfindungsklausel für zustimmungsbedürftig erachten; so anscheinend allerdings Boesebeck DB 1958/1148. Dies aber ist abzulehnen: die Rechtsfolge der unmittelbaren Umwandelung des Gesellschaftsanteils in ein freies Abfindungsguthaben beruht auf der Kündigung allein.
Die nachträgliche Vereinbarung einer Abfindungsklausel bewirkt zwar eine inhaltliche Änderung des Geschäftsanteils; dieses Rechtsgeschäft ist aber zustimmungsfrei, weil hierdurch der wirtschaftliche Wert der Beteiligung nicht aufgezehrt wird.
Etwas anderes kann nur angenommen werden, wenn die Gesellschaftsvereinbarung dahingeht, dass die Mitgesellschafter dem Ehegatten mit der Folge seines sofortigen Ausscheidens kündigen können oder wenn die Vereinbarung ein Einziehungsrecht der Gesellschaft begründet (§ 34 GmbHG). Zwar wird auch hierdurch der Geschäftsanteil nicht in seinem wirtschaftlichen Werte ausgehöhlt; die Vereinbarungen begründen aber ein unmittelbares Verfügungsrecht der Mitgesellschafter bzw. der Gesellschaft selbst und sind mit Rücksicht auf den Zweck des § 1365 BGB als zustimmungsbedürftig zu erachten.

(2) Eine ähnliche formalistische Unterscheidung wie zwischen der Kündigung der Mitgliedschaft und Kündigung der Gesellschaft könnte man auch zwischen der Zustimmung zur Amortisation und der Preisgabe des Geschäftsanteils treffen; hier geht der Geschäftsanteil sofort unter, dort erst mit seiner Veräusserung an einen Dritten in der Hand des Ehegatten verloren; vergl. auch S.143 oben;

sive, dort sofort in ein freies Abfindungsguthaben verwandelt wird, ein Unterschied, der im Hinblick auf den Zweck des § 1365 BGB keine verschiedene rechtliche Beurteilung zulässt (1).

Dies muss um so mehr gelten, als dieser Unterschied in der Praxis mehr oder minder restlos verschwinden kann. Das zeigt sich etwa, wenn Auseinandersetzung der Gesellschaft und Vollbeendigung zusammenfallen, weil bestimmt ist, dass mit der die Auflösung der Gesellschaft herbeiführenden Kündigung alle gemeinsamen Rechtsbeziehungen sofort aufhören und das gesamte Gesellschaftsvermögen mit Aktiven und Passiven auf einen der Gesellschafter übergehen soll, während die übrigen einen sofort fälligen Abfindungsanspruch erhalten. Die Konturen zwischen Auflösung der Gesellschaft und Auflösung der einzelnen Mitgliedschaft sind hier zwar verwischt; in der Praxis wird dies auf Grund besonderer Auseinandersetzungsvereinbarungen aber oftmals anzutreffen sein.

---

(1) Gegen die Differenzierung auch Beitzke DB 1961/24, 25; Eiselt JZ 1960/564; Wiedemann a.a.O., § 10 II 2 b, S. 264; Tubessing BB 1966/831; Glum, a.a.O., S. 77/78; Ollig, a.a.O., S. 142.

bb. Das Fehlen einer zugrundeliegenden Verpflichtung

Die Zustimmung zur Einziehung und die Preisgabe des Geschäftsanteils, die Kündigung der Gesellschaft oder Mitgliedschaft sowie die positive Mitwirkung des Ehegatten an einem diesbezüglichen Gesellschafterbeschluss werden jedoch von dem Wortlaut der §§ 1365, 1367 BGB nicht unmittelbar erfasst. Denn als ein- oder mehrseitige Gestaltungsgeschäfte geben sie lediglich die Befugnis, durch Willenserklärung auf eine bestehende Rechtslage einzuwirken, nicht aber entspricht ihnen eine diesbezügliche Verpflichtung, wie sie die §§ 1365, 1367 BGB voraussetzen (1) (2).
Vom Zweck des § 1365 BGB her gesehen ist eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs der Normen auf sog. "isolierte Verfügungen" ohne weiteres zu bejahen, ist es doch gerade das Verfügungsgeschäft, in dessen Vollzug die abstrakte Gefährdung der potentiellen Vermögensbeteiligung des anderen Ehegatten gelegen ist.

---

(1) So zu Recht Mülke, s. Diss., S. 94; ders. AcP 161/133 ff; Rittner FamRZ 1961/5; OLG Hamm NJW 1960/1466; a.A. OLG Frankfurt NJW 1960/2002;
wenn § 1367 BGB bestimmt, dass einseitige Rechtsgeschäfte, die ohne die erforderliche Einwilligung vorgenommen werden, unwirksam sind, dann können sich die Worte "ohne die erforderliche Einwilligung" nur auf § 1365 BGB beziehen; nach dieser Vorschrift ist aber nur ein solches Verfügungsgeschäft zustimmungsbedürftig, das in Erfüllung einer entsprechenden Verpflichtung vorgenommen wird. § 1367 BGB ist deshalb ebenso wie § 1366 BGB nur als Abwicklungsvorschrift der nach § 1365 BGB unwirksamen Rechtsgeschäfte zu sehen; so zu Recht OLG Hamm, a.a.O.;

(2) Im Einzelfall kann sich natürlich der Ehegatten-Gesellschafter den Mitgesellschaftern oder der Gesellschaft selbst gegenüber zu einer Kündigung oder einer positiven Mitwirkung an einem Auflösungsbeschluss verpflichtet haben.

Gegen die ausweitende Auslegung der Normen bestehen auch keine rechtlichen Bedenken, wenn nachgewiesen werden kann, dass dem Verpflichtungsgeschäft im Rahmen dieser gesetzlichen Tatbestände nur eine Hilfsfunktion zukommt, zumindest aber seine Aufgabe von anderen Tatbestandsmerkmalen der §§ 1365, 1367 BGB übernommen werden kann. Dies ist ebenfalls zu bejahen:
der Grundsatz, wonach das Vermögen des Mannes und das Vermögen der Frau mit dem Eintritt des gesetzlichen Güterstandes nicht gemeinschaftliches Vermögen der Ehegatten werden (§ 1363 Abs. 2 S. 1 HS. 1 BGB), wird durch § 1365 BGB nicht durchbrochen. Keiner der Ehegatten erlangt durch die Zustimmungsberechtigung zu Gesamtvermögensgeschäften des anderen eine irgendwie geartete dingliche Mitberechtigung an diesem Vermögen; die Beteiligung des einwilligungsberechtigten Ehegatten ist lediglich eine funktionelle, nicht dagegen eine sachzuweisende. Verbleibt aber das Vermögen restlos im Zuständigkeitsbereich des jeweiligen Eheteils, dann hat dasselbe für die Verfügungsmacht, d.h. die Befugnis zur Verfügung im eigenen Namen, zu gelten, da sie als Ausfluss des umfassenden Herrschaftsrechts, nämlich des Eigentums allein zu verstehen ist.
Somit beschränkt § 1365 Abs. 1 S. 2 BGB jeden Ehegatten nicht in seiner Verfügungsmacht, sondern in seiner Verfügungsbefugnis, nicht in seinem "rechtlichen Können", sondern in seinem "rechtlichen Dürfen" (1).
Hinzukommt, dass die Beschränkung der Verfügungsbefugnis über einen einzelnen zum Vermögen gehörenden Gegenstand nur dann eingreift, wenn der Ehegatte gleichzeitig über alle anderen Gegenstände seines Vermögens verfügen will

---

(1) Küttner, Die Beschränkung und Entziehung der Verfügungsmacht im BGB, Görlitz 1936, S. 4;
a.A. ist Staudinger-Felgenträger, § 1365 Rdnr. 99.

bzw. auf Grund eines einheitlichen Verpflichtungsgeschäfts hierzu angehalten ist.
Damit aber weist § 1365 Abs. 1 S. 2 BGB alle Merkmale auf, die ein echtes Veräusserungsverbot charakterisieren (1).
Wenn das Gesetz neben dem Verfügungsverbot die Unwirksamkeit der zugrundeliegenden Verpflichtung anordnet, so soll hierdurch in der Regel nur gehindert werden, dass das Verbot durch einen zwangsweisen Zugriff der Gläubiger aus einer wirksamen Verpflichtung heraus illusorisch gemacht wird (2).

---

(1) So auch BGH FamRZ 1964/25, allerdings mit zweifelhafter Begründung; Lauhoff a.a.O., S. 47;
a.A.: Enneccerus-Nipperdey, 1. Bd., 2. Hlbd., § 144 II 1, S. 887, Fsnte. 5; Hartung a.a.O., S. 33 ff, 36; es kann dahingestellt bleiben, ob sich für die Rechtsnatur des § 1369 BGB etwas anderes aus dem Umstand ergibt, dass hier die Beschränkung der Verfügungsbefugnis an bestimmte Gegenstände geknüpft ist.
§ 1365 Abs. 1 S. 2 beinhaltet aber eine echte "singuläre Hinderung der Verfügung" (Raape, Das gesetzliche Veräusserungsverbot des BGB, S. 2). Da die Vorschrift die potentielle Vermögensbeteiligung des anderen Ehegatten sichern soll, handelt es sich um ein relatives Veräusserungsverbot. Dieser Annahme steht nicht der Umstand entgegen, dass § 1366 BGB nicht die relative, sondern schwebende Unwirksamkeit zustimmungslos vorgenommener Gesamtvermögensgeschäfte anordnet; denn es steht im Belieben des Gesetzgebers, ob er ein nur zugunsten bestimmter Personen erlassenes Veräusserungsverbot mit absoluter oder relativer Schutzwirkung ausstatten will. § 135 BGB kommt ebenso wie § 134 BGB nur zur Anwendung, wenn sich aus dem Gesetz nichts anderes ergibt. Dies ist zwar nur ausdrücklich in § 134 BGB bestimmt, gilt aber für § 135 BGB in gleicher Weise (vergl. Raape a.a.O., S. 84).
Genau genommen enthält § 1365 Abs. 1 S. 2 BGB ein relatives Veräusserungsverbot mit absoluter Wirkung. Diese Verbote werden heute im Anschluss an Raape a.a.O., S. 98 kurz als absolute Veräusserungsverbote bezeichnet, wobei allerdings Raape im Gegensatz zur h.M. die absolute Wirkung als kriterium dieser Verbote annimmt.
(2) Raape, a.a.O., S. 4o; v. Thur a.a.O., Bd. II, 1. Hälfte, S. 252/253 .

Kommt aber einer Verpflichtungsbeschränkung, die einem Veräusserungsverbot vorgeschaltet ist, nur eine verstärkende Hilfsfunktion zu, dann wird es auch grundsätzlich keinen Bedenken unterliegen, den Rechtssatz im Wege der Analogie auf isolierte Verfügungsgeschäfte zu erstrecken.

Da aber das Veräusserungsverbot des § 1365 Abs. 1 S. 2 BGB nicht, wie etwa im Falle des § 1369 BGB, mit bestimmten Gegenständen fest verbunden ist, fällt hier dem Verpflichtungsgeschäft die weitere Aufgabe zu, den Kreis der verbotenen Verfügungen zu bestimmen: die Verfügungsbefugnis über einen einzelnen Gegenstand seines Vermögens ist dem Ehegatten nur dann genommen, wenn er auf Grund eines einheitlichen Verpflichtungsgeschäfts auch zu einer Verfügung über die restlichen Gegenstände seines Vermögens angehalten ist.
Aber auch aus dieser Aufgabe kann § 1365 Abs. 1 S. 1 BGB entlassen werden, wenn man wie hier eine analoge Anwendung der Norm auf gegenstandsbezogene Gesamtvermögensgeschäfte befürwortet, wenn auch unter der Einschränkung, dass der Vertragspartner des Ehegatten den Gegenstand der Verpflichtung als dessen gesamtes Vermögen erkannte. Diese Voraussetzung der subjektiven Theorie ist in den Fällen isolierter Verfügungen über das Vermögen im ganzen zeitlich in das dingliche Rechtsgeschäft zu verlegen.
Der Geschäftsgegner des Ehegatten muss somit spätestens im Zeitpunkt des Abschlusses des Verfügungsvertrages bzw. der Empfänger einer einseitigen Verfügungserklärung im Zeitpunkt ihres Zugangs (§ 130 BGB) wissen, dass das Verfügungsobjekt das nahezu gesamte Vermögen des Ehegatten darstellt.
Liegen diese Voraussetzungen im Einzelfall vor, dann be-

gegnet es keinen Bedenken, die §§ 1365 Abs. 1 S. 2, 1367 analog auf Verfügungsgeschäfte anzuwenden, denen eine entsprechende Verpflichtung nicht zugrundeliegt (1).

---

(1) A.A. ist natürlich Rittner FamRZ 1961/16, der die Übernahme der subjektiven Theorie auf § 1365 BGB ablehnt;
a.A. aber auch Mülke, s. Diss., S. 97 und Haegele FamRZ 1964/595 Fsnte 5, die das Schwergewicht des § 1365 Abs. 1 BGB zu Unrecht in dessen S. 1 erblicken.

cc. Besonderheiten der gesellschaftsrechtlichen Auflösungstatbestände

Bedenken gegen die Mitwirkung des anderen Ehegatten an der Auflösung der Gesellschaft oder Mitgliedschaft ergeben sich jedoch aus dem allgemein anerkannten Grundsatz, wonach Rechtsverhältnisse, bei denen die geschuldete Leistung in einem Dauerverhalten besteht und bei denen über rein schuldrechtliche Beziehungen hinaus die Person der Beteiligten in die Rechtsverbindung einbezogen ist -zu diesem Rechtsgeschäftstyp zählt das Gesellschaftsverhältnis- nicht auf unbestimmte Zeit als unlösbar ausgestaltet werden dürfen und aus wichtigem Grunde vorzeitig beendbar sein müssen (1). Dieser allgemeine Rechtsgedanke, der sich im Personengesellschaftsrecht in der gesetzlichen Kündigungsregelung wiederfindet, aber in ähnlicher Weise auch das Kapitalgesellschaftsrecht beherrscht (2) und der eine übermässige Beschränkung des einzelnen Gesellschafters in seiner persönlichen und wirtschaftlichen Entscheidungsfreiheit verhindern soll (3), könnte verletzt werden, falls man den Ehegatten-Gesellschafter in der Ausübung der Auflösungsrechte an die Zustimmung des anderen Ehegatten bindet.
Diesem Problem vermag man nicht dadurch zu entgehen, dass

---

(1) RGZ 78/385 ff, 389; 128/1 ff, 16 ff; 15o/193 ff, 199; BGH NJW 1951/836.

(2) Auch der Kapitalgesellschafter hat ein Recht zum Austritt aus der Gesellschaft zumindest dann, wenn sich seine Gesellschafterpflichten nicht in der Kapitaleinlage erschöpfen und er nicht auf andere Weise, etwa durch eine Veräusserung seiner Mitgliedschaft, von seinen gesellschaftlichen Pflichten freikommen kann; vergl. RGZ 128/14 ff, 16; Baumbach-Hueck, GmbHG, Einf. zu § 34 Anm.3; Wiedemann, a.a.O., § 4 I 2, S. 9o ff.

(3) Larenz, SchR., 1. Bd., § 2 VI, S. 22 ff, 23; vergl. auch v.Thur, II. Bd., 2.Hlfte, § 7o II 3, S. 38.

man die Auflösungsrechte zumindest in den Fällen, in denen die Gesellschafterstellung nicht rein kapitalistisch ausgestaltet ist, der personenrechtlichen Seite der Mitgliedschaft zuschlägt und damit die Anwendbarkeit des § 1365 BGB stets verneint (1). Denn das Mass der kapitalistischen Ausgestaltung einer Gesellschafterstellung ist kein objektives und generelles Kriterium dafür, ob mit der Auflösung der Gesellschaft oder Mitgliedschaft im Einzelfall primär eine Lösung der wirtschaftlichen Bande bezweckt ist, ganz abgesehen davon, dass die personen- und vermögensrechtliche Seite der Mitgliedschaft oftmals so eng miteinander verflochten sind, dass ihre strikte Trennung überhaupt nicht möglich ist (2). Diese Unterschei - dung hat auch zu sehr die Kündigung des geschäftsführenden Komplementärs vor Augen, der aus Gründen eines Bruchs des Vertrauensverhältnisses zwischen den Gesellschaftern seine Mitgliedschaft beenden will (3); übersehen aber wird der in der Praxis weitaus häufigste Fall der Auflösung der Gesellschaft oder Mitgliedschaft aus rein wirtschaftlichen Überlegungen.Am Regelfall aber hat sich die Auslegung zu

---

(1) So etwa Gernhuber, FamR., § 35 II 11, S. 337, der die indirekte Mitwirkung des anderen Ehegatten bei der Entscheidung über den Fortbestand der Gesellschaft oder Mitgliedschaft mit der Struktur der Gesellschaft,insbesondere der der Personengesellschaft, für unvereinbar hält; ähnlich Boesebeck DB 1958/1148 und Tiedau MDR 1959/254 und MDR 1961/725 für das Kündigungsrecht des Komplementärs.
Vergl. auch Simon DB 1961/1679 ff, 1680 und Siebel DNotZ 1954/71 ff, 75, die im Zusammenhang mit der Frage,ob das Kündigungsrecht gesellschaftsvertraglich auf das Vorliegen eines wichtigen Grundes beschränkt werden kann, generell auf die kapitalistische Struktur der Gesellschaft und speziell auf die kapitalistische Ausgestaltung der einzelnen Mitgliedschaft abstellen. Hueck, R.d.OHG, § 18 III 1, S.193, der das Kündigungsrecht des Komplementärs zu der personenrechtlichen Seite der Mitgliedschaft zählt.

(2) Schlegelberger-Gessler, § 132 Anm. 17.

(3) Es ist aber auch hier zu beachten, dass die Gefahr der persönlichen Haftung des Komplementärs oftmals das eigentliche Motiv seiner Kündigung sein wird.

orientieren, und er stellt sich als eine typisch wirtschaftliche Entscheidung dar, an der § 1365 BGB den anderen Ehegatten beteiligt wissen will. Die Gefahr, dass der Ehegatten-Gesellschafter durch die Vinkulierung der rechtsgeschäftlichen Auflösungstatbestände im Einzelfall in seiner persönlichen und wirtschaftlichen Freiheit übermässig beschränkt wird, vermag es zumindest nicht zu rechtfertigen, diese Rechtsgeschäfte in Bausch und Bogen von der Mitwirkung des anderen Ehegatten freizustellen.
Dies muss umsomehr gelten, als die obige Gefahr in Wahrheit gar nicht allzu gross ist, weil die unberechtigt verweigerte Zustimmung durch das Vormundschaftsgericht ersetzt werden kann (§ 1365 Abs. 2 BGB). Die Gefahr wird zudem noch herabgemindert, wenn man auch dem Vormundschaftsrichter bei seiner Entscheidung die Berücksichtigung persönlicher Gründe des Ehegatten-Gesellschafters, die diesem einen Verbleib in der Gesellschaft unzumutbar machen, zur Pflicht machen kann. Das ist zu bejahen: wie oben bereits hervorgehoben wurde, hat der mitwirkungsberechtigte Ehegatte seine Entscheidung primär aus dem Pflichtenkreis heraus zu fällen, der sich aus dem Gebot zur ehelichen Lebensgemeinschaft ableitet (1). Ergibt sich hierbei,dass persönliche Belange des anderen Ehegatten mit den eigenen oder denen der Familie kollidieren, so besteht ein Vorrang der letzteren nicht schlechthin; eine Abwägung der widerstreitenden Interessen kann auch hier im Einzelfall zugunsten des anderen Ehegatten ausschlagen (2).
Diese Abwägungspflicht trifft aber auch den Vormundschaftsrichter, so dass seine Entscheidung nicht immer auf Ablehnung der Ersetzung der Zustimmung lauten muss, wenn der

---

(1) Siehe S.4o f oben; die Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft (§ 1353 Abs.1 BGB) wirkt in alle Lebensbereiche der Ehegatten hinein, vergl. BGHZ 26/198.

(2) Vergl. Soergel-Vogel, § 1365 Rdnr. 35, 36.

Vollzug des mitwirkungsbedürftigen Rechtsgeschäfts die Vermögensinteressen des anderen Ehegatten und die der Familie berührt.

Es bleiben nun allerdings einige Sachverhalte denkbar, bei denen das Ausscheiden des Ehegatten aus der Gesellschaft zwar nicht durch eine gesellschaftsvertragliche Vereinbarung gehindert werden könnte, wohl aber an dem Zustimmungserfordernis der §§ 1365, 1367 BGB tatsächlich scheitern kann. So vermögen die Personengesellschafter anerkanntermassen das ordentliche Kündigungsrecht nur in zeitlicher Hinsicht zu beschränken, nicht aber von der Zustimmung eines Dritten oder einem Mehrheitsbeschluss abhängig zu machen (1); willigt dagegen der andere Ehegatte in die Ausübung des Kündigungsrechts nicht ein und ist auch die Zustimmung des Vormundschaftsgerichts nicht zu erlangen, weil das Geschäft unter keinem Gesichtspunkt den Grundsätzen einer ordnungsmässigen Vermögensverwaltung entspricht und dem Ehegatten der Verbleib in der Gesellschaft auch ohne weiteres zuzumuten ist (2), dann kann dies dazu führen, dass er auf mehr oder minder unbestimmte Zeit an seinen gesellschaftlichen Bindungen festhalten muss. Dieses Ergebnis kann aber hingenommen werden. Denn es ist hier zu beachten, dass der Ehegatte in seiner wirtschaftlichen Entscheidungsfreiheit ohnehin gehemmt ist, soweit der Anwendungsbereich der §§ 1365, 1367 BGB reicht, und dass mit dieser Hemmung eine mehr oder minder starke Beschränkung der persönlichen Freiheit stets Hand in Hand geht.

---

(1) § 723 Abs. 3 BGB findet nach h.M. auch für die OHG und KG Anwendung; vergl. Hueck, R.d.OHG, § 24 I 3, S. 264; Soergel-v. Lassaulx, § 723 Anm. 22; Schlegelberger-Gessler, § 132 Anm. 13 ff; BGHZ 23/10 für die stille Gesellschaft.
A.A. sind Simon, a.a.O.; Siebel, a.a.O..

(2) Die Frage der Zumutbarkeit ist durch das Vormundschaftsgericht grosszügig zu handhaben, insbesondere dann, wenn der Ehegatte persönlich haftender Gesellschafter ist.

dd. Die"wirtschaftliche Betrachtungsweise"bei der Auflösung der Gesellschaft oder Mitgliedschaft

Die rechtsgeschäftlichen Formen einer Beendigung der Gesellschaft oder Mitgliedschaft können schliesslich von dem Zustimmungerfordernis nicht mit der Erwägung freigestellt werden, dass ein Verzicht des Ehegatten-Gesellschafters auf das Auseinander- oder Abfindungsguthaben der Mitwirkung des anderen Ehegatten bedarf (1).
Diese Betrachtungsweise stellt wiederum mehr oder minder allein auf das Mass der Unentgeltlichkeit der Auflösungstatbestände ab, ein Gesichtspunkt, wie er zwar bei der Frage nach der wirtschaftlichen Ordnungsgemässheit, nicht aber bei der nach der objektiven Zustimmungsbedürftigkeit dieser Rechtsgeschäfte schlechthin Beachtung finden kann. Zwar sind Abfindungs- und Liquidationsanspruch Bestandteil des Geschäftsanteils und während Bestehens der Mitgliedschaft gewissermassen Wertträger der Beteiligung, nicht aber sind sie mit dem Gesellschaftsanteil identisch. Das zeigt sich, wenn sie sich in fällige Guthaben verwandeln: ab diesem Zeitpunkt treten sie vollkommen und allein an die Stelle der Beteiligung und repräsentieren als Abfindungs- und Liquidationsguthaben den Erlös aus der"Veräusserung"oder"Aufgabe"der Mitgliedschaft.

---

(1) So Schlegelberger-Gessler, § 1o5 Anm. 55 c.

Anhang:

Die Auflösungsklage

Im Interesse klarer Rechtsverhältnisse ist für die offene Handelsgesellschaft und die Gesellschaft mit beschränkter Haftung an Stelle gewisser Fälle der Kündigung die Auflösungsklage vorgesehen (§§ 131 Ziff. 6, 133 HGB, §§ 60 Ziff. 3, 61 GmbHG): ein oder mehrere Gesellschafter können beim Vorliegen näher normierter Umstände an das Gericht mit dem Ersuchen herantreten, die Auflösung der Gesellschaft durch Urteil auszusprechen (1); die Rechtskraf eines dem Klageantrag stattgebenden Urteils bewirkt die Auflösung der Gesellschaft, das Urteil wirkt somit rechtsgestaltend (2).

Da die Auflösungsklage nichts anderes als eine in der Form der Klage geltend gemachte Kündigung beinhaltet, hat für sie an sich das gleiche wie für die oben behandelten rechtsgeschäftlichen Auflösungstatbestände zu gelten (3).
Eine direkte Anwendung des § 1365 BGB auf die Auflösungsklage scheitert jedoch daran, dass sowohl die Klageerhebung selbst, als auch die von den Parteien zur Begründung ihrer Anträge aufgestellten Behauptungen keine rechtsgeschäftliche Verfügungen, ja nicht einmal rechtsgeschäft-

---

(1) Der Gesellschaftsvertrag kann die Auflösungsklage auch an Stelle der ordentlichen Kündigung bei der OHG vorsehen, desweiteren als Folge einer begründeten Auflösungsklage nicht die Auflösung der Gesellschaft, sondern das Ausscheiden des klagenden Gesellschafters bestimmen.
(2) vergl. Hachenburg, GmbHG, § 61 Anm. 10; Schlegelberger-Gessler, § 133 Anm. 24;
(3) Die Zustimmung des anderen Ehegatten fordern Beitzke, DB 1961/25; Wiedemann, a.a.O., S. 264; Ollig, a.a.O., S. 142;
a.A. Fischer NJW 1960/942.

liche Willenserklärungen beinhalten, § 1365 BGB aber seinem Wortlaut nach nur Rechtsgeschäfte über das Vermögen im ganzen der Vinkulierung unterwirft. Die Klageerhebung als Prozesshandlung ist in ihren Wirkungen als auch in ihren Voraussetzungen allein vom Prozessrecht geregelt und unterliegt somit nicht den Wirksamkeitsvoraussetzungen der Rechtsgeschäfte des materiellen Rechts (1).
Der Wille, der in der Klageerhebung zum Ausdruck kommt, ist auf den Erlass des Urteils und nicht - wie beim Rechtsgeschäft - auf die Begründung oder Veränderung eines Rechtsverhältnisses gerichtet. Etwas anderes kann auch nicht für die Gestaltungsklage gelten: wenn das auf sie ergehende, stattgebende Urteil auch eine Veränderung der bestehenden Rechtslage bewirkt, so ist dies nicht die unmittelbare Folge der Klage, sondern allein die des Urteils (2).
Die Prozessführung hat keinerlei rechtsgeschäftlichen Charakter und enthält damit auch, selbst wenn sie dem materiellen Recht vergleichbare "Verfügungseffekte" hervorruft (3), keine rechtsgeschäftliche Verfügung als solche (4).

---

(1) Vergl. Blomeyer, Zivilprozess, § 3o I 2, S. 133; Nikisch, Zivilprozess, § 54 I 2, S. 2o9.
(2) Vergl. Nikisch, a.a.O..
(3) Bosch, FamRZ 1961/81 ff, 86.
(4) Eine Ausnahme hiervon bilden lediglich jene Prozesshandlungen, die prozessualer und materiell-rechtlicher Natur zugleich sind, wie dies die überwiegende Meinung etwa für den Prozessvergleich annimmt; vergl. RGZ 56/333 ff, 334; RGZ 133/259; BGHZ 16/388 ff, 39o; BGHZ 28/171 ff, 172; Lent, Zivilprozessrecht, § 48 II, S. 136; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, ZPO, § 794 Anm. II; Nikisch, a.a.O., § 7o I 1, S.
a.A.: Rosenberg, Zivilprozessrecht, § 128 II, S. 629, der den Prozessvergleich für einen privatrechtlichen Vertrag hält; Baumbach-Lauterbach, ZPO, Anh. nach § 3o7, Anm. 1 A wertet ihn als rein prozessualen Vertrag.

Der Frage, ob § 1365 BGB entsprechend anzuwenden ist auf Prozesshandlungen, die in ihrer Wirkung einer rechtsgeschäftlichen Verfügung über das Vermögen im ganzen gleichkommen, hat an sich diejenige vorauszugehen, ob in dem Verzicht auf eine ausdrückliche Regelung dieser Fälle eine sachliche Entscheidung des Gesetzgebers dahingehend zu sehen ist, dass jeder Ehegatte Rechtsstreitigkeiten über sein gesamtes Vermögen ohne jede Beschränkung frei führen können soll, auch wenn sie einen durch § 1365 BGB ansonsten missbilligten Erfolg herbeiführen. So wäre es etwa zu erwarten gewesen, dass der Gesetzgeber jedem Ehegatten für derartige Rechtsstreitigkeiten das Prozessführungsrecht abspricht, was aber mit der Einschränkung seiner Verfügungsbefugnis über das Vermögen im ganzen nicht geschehen ist. Denn das Prozessführungsrecht ist lediglich das Recht, einen bestimmten Prozess als richtige Partei zu führen (1), und beurteilt sich somit allein nach den Regeln des Prozessrechts, setzt dagegen nicht die privatrechtliche Verfügungsbefugnis über den Gegenstand des Prozesses voraus (2).
Es ist nun jedoch zu beachten, dass das Auseinanderfallen von materiellem und prozessualem Recht in der Praxis auf Grund der subjektiven Grenzen der Rechtskraft oftmals nicht zum Tragen kommt. Der durch eine materielle Norm geschützte Dritte wird in seiner Rechtsposition durch ein zwischen anderen Personen über den Gegenstand seines Interesses ergehendes Urteil in der Regel nicht einschneidend beeinträchtigt, weil das Urteil Rechtskraft nur für und gegen die Streitparteien wirkt (§ 325 ZPO) und dem Dritten deshalb die Geltendmachung seiner Rechte und Interessen nicht genommen wird.

---

(1) Vergl. Baumbach-Lauterbach, ZPO, vor § 50, Anm. 4 A;
(2) Rosenberg, a.a.O., § 131 I 4 b, S. 645.

Allein wenn deshalb nachgewiesen wäre, dass etwa ein auf Grund eines Anerkenntnisses oder Verzichts des Ehegatten ergangenes Urteil, das in seiner Befolgung und Durchführung ein dem § 1365 BGB widersprechendes Ergebnis herbeiführt, Rechtskraft auch gegenüber dem zustimmungsberechtigten Ehegatten wirkt, könnte in dem Fehlen einer das Prozessführungsrecht der Ehegatten im Rahmen des § 1365 BGB einschränkenden Anordnung eine sachliche Entscheidung des Gesetzgebers gefunden werden.
Aber auch die Frage der Rechtskrafterstreckung bedarf hier keiner abschliessenden Klärung (1). Denn selbst dann, wenn sie zu verneinen ist und deshalb ein Urteil den mitwirkungsberechtigten Ehegatten nicht restlos aus seiner Rechtsposition zu verdrängen vermag, wäre für die hier zu entscheidende Frage wenig gewonnen, weil die sog. Gestaltungswirkung einer obsiegenden Auflösungsklage infolge der ihr eigenen Rechtswirkungen des materiellen Rechts für jedermann bindend ist, für und gegen alle wirkt und deshalb auch von dem anderen Ehegatten nicht mehr in Frage gestellt werden könnte (2).
Um dieses Ergebnis aber zu vermeiden, müsste weiterhin ein Gesichtspunkt gefunden werden, unter dem ein der Auflösungsklage des Ehegatten-Gesellschafter stattgebendes Urteil grundsätzlich nicht ergehen könnte. Ein derartiger konstruktiver Rechtsbehelf lässt sich jedoch aus den unseren Zivilprozess beherrschenden Grundsätzen nicht ableiten.

---

(1) Vergl. hierzu Lauhoff, a.a.O., S. 168 ff und die dort Genannten;
(2) So die ganz h.M., vergl. RGZ 8o/317 ff, 323; Nikisch a.a.O., § 1o4 IV 2, S. 4o9; Lent a.a.O., § 65 I 4, S. 188; Rosenberg a.a.O., § 87 I, S. 411 ff, und § 151 II 2, S. 759;
a.A.: Blomeyer a.a.O., § 94 II, S. 497, der auch für die Gestaltungswirkung die gegenüber Dritten geltenden Grundsätze anwenden will, welche die Rechtskrafterstreckung bestimmen.

Es gibt keine Maxime, die es dem Richter allgemein gebietet, einer Klage den Erfolg zu versagen, weil ansonsten sein Richterspruch eine Rechtslage oder Rechtsgestaltung herbeiführen würde, die den Anordnungen des materiellen Rechts zuwiderläuft. Zwar kann die Verfügungsfreiheit der Prozessbeteiligten über Gang und Inhalt des Verfahrens sowie den Umfang der richterlichen Prüfung keine unbeschränkte sein; den Inhalt des richterlichen Urteils zu bestimmen muss den Parteien dort versagt sein, wo der gerichtliche Spruch eine strafrechtlich verbotene oder unsittliche Folge herbeiführen oder gegen ein im öffentlichen Interesse erlassenes Verbot verstossen würde. Soll der Zivilprozess eine öffentlich-rechtliche Garantie der Privatrechte abgeben (1), dann wäre seine Aufgabe in das Gegenteil verkehrt, könnte er zur Verwirklichung eines dem Interesse der Allgemeinheit widersprechenden Rechts benutzt werden.
Wo die Dispositionsfreiheit der Beteiligten ihre Grenzen findet, ist im einzelnen schwer zu bestimmen (2). Keines-

---

(1) Kisch, Private und öffentliche Belange in der bürgerlichen Rechtspflege, DR 36/8 ff;
(2) hierzu RGZ 156/7o ff, 75; Pohle JZ 1956/53 ff, 54; Baumbach-Lauterbach § 3o7 Anm. 2 C; Rosenberg a.a.O., § 131 I 3 b; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 3o7 III 2; Wieczorek, ZPO, § 3o6 Anm. D II b; desweiteren Boehmer, Grundlagen des bürgerlichen Rechts, 1. Buch, S. 1o9 ff, 114 ff;
gemäss den obigen Zitaten ist ein Anerkenntnis unwirksam, wenn die im Urteil auszusprechende Rechtsfolge nach Massgabe des anzuwendenden materiellen Rechts ihrer Art nach überhaupt nicht zulässig ist oder wenn das materielle Rechtsverhältnis, auf das sich das Anerkenntnis bezieht, der Verfügung der Parteien überhaupt nicht unterliegt.
Diese Fallgestaltungen treffen auf die Erhebung der Auflösungsklage nicht zu.
Die nicht konsentierte Erhebung der Auflösungsklage ist eher vergleichbar jener Rechtslage, wie sie eintritt,wenn der Vormund ein vormundschaftsgerichtlich zu genehmigendes Rechtsgeschäft (§§ 1821, 1822 BGB)

falls ist sie jedoch dort zu suchen, wo der Richterspruch die vermögensrechtlichen Interessen eines einzelnen am Verfahren nicht beteiligten verletzen könnte; die staatliche Streitschlichtung hat weder das Recht noch die Pflicht von sich aus das richtige Recht zugunsten eines einzelnen festzustellen und zu verwirklichen. Das muss auch dort gelten, wo der Richter die einzige Instanz ist, die, wie in unserem Falle der Auflösungsklage, eine der materiellen Wahrheit widersprechende Rechtsgestaltung verhindern könnte.

An diesem Ergebnis kann sich auch nichts dadurch ändern, dass § 1365 BGB mit der Wirkung eines absoluten Veräusserungsverbots ausgestattet ist, weil hierdurch allein die Vorschrift noch nicht den Charakter eines im öffentlichen Interesse erlassenen Verbots erhält. An der Wahrung des § 1365 BGB besteht kein Interesse der Allgemeinheit, zu dessen Hüter der Richter berufen werden könnte.

Schliesslich kann ein solches öffentliches Interesse auch nicht daraus indirekt hergeleitet werden, dass ein Allgemeininteresse an der Wahrung des materiellen Rechts besteht.

Der Auflösungsklage eines Ehegatten, dessen Geschäftsanteil sein im wesentlichen gesamtes Vermögen bildet, kann deshalb der Erfolg nicht mit der Begründung versagt werden, der andere Ehegatte habe der Klageerhebung nicht zugestimmt (1) .

Fortsetzung der Anm. 2 auf Seite 167:
im Wege des prozessualen Verzichts oder Anerkenntnisses herbeiführt. Aber auch hier kann nach der h.M. (vergl. die obigen Zitate) der Richter dem Anerkenntnis oder Verzicht die Wirkung nicht versagen.
A.A. wohl Pohle, a.a.O., ferner KGJ 45/264 ff, 267.

(1) Für die gesetzlichen Fälle der Auflösungsklage ist dieses Ergebnis m.E. nicht von grosser Tragweite, weil hier das Vorliegen eines wichtigen Grundes gefordert ist und deshalb die begründete Auflösungsklage zugleich den Grundsätzen einer ordnungsmässigen Vermögensverwaltung entsprechen wird; vergl. S. 16o oben.

T e i l : III

Die Heilung und Behandlung unwirksamer Gesamtvermögensgeschäfte im Gesellschaftsrecht

Wenn auch Gesamtvermögensgeschäfte wie allgemein so auch im Gesellschaftsrecht relativ selten anzutreffen sein werden, so ist es dennoch anzunehmen, dass infolge des geringen Interesses, das die Öffentlichkeit dem gesetzlichen Güterstand bislang entgegengebracht hat, bereits heute im Verborgenen eine Menge auf Grund der §§ 1365, 1367 BGB unwirksamer Gesellschaftsverhältnisse und Gesellschaftbeteiligungen bestehen und zukünftig entstehen werden.

So ist es auch zu erwarten, dass sich die Praxis mit der Frage der Behandlung und Abwicklung fehlerhafter Gesamtvermögensgeschäfte im Gesellschaftsrecht zu befassen haben wird. In diesem Zusammenhang wird im Einzelfall eine Untersuchung der Möglichkeiten und Voraussetzungen einer rückwirkenden Heilung unwirksamer Tatbestände vorweg zu erfolgen haben.

I. Die Heilung unwirksamer Gesamtvermögensgeschäfte für die Vergangenheit.

Als Möglichkeiten einer Heilung nicht konsentierter Gesamtvermögensgeschäfte kommen in erster Linie die ausdrückliche Genehmigung des mitwirkungsberechtigten Ehegatten (§ 1366 Abs. 1 BGB) sowie deren Ersetzung durch das Vormundschaftsgericht (§ 1365 Abs. 2 BGB) in Betracht.

Zu beachten ist hier allerdings, dass ein ohne Einwilligung getätigtes einseitiges Verfügungsgeschäft sowie ein zweiseitiges Gesamtvermögensgeschäft, dem die nachträgliche Zustimmung versagt worden ist, nur noch im Wege der Neuvornahme Wirksamkeit erlangen können (§ 141 BGB). Das aber bedeutet, dass sich auch die Form von Neuvornahme und Bestätigung nach der des zu bestätigenden Rechtsgeschäfts zu richten hat und deshalb eine zwingende Formvorschrift nicht durch die Bezugnahme auf die frühere Vertragsurkunde geheilt werden kann (1).
Ist somit etwa der Gesellschaftsvertrag einer im Werden begriffenen Kapitalgesellschaft deshalb nichtig, weil sich ein Ehegatte hierin zur Erbringung seines gesamten Vermögens verpflichtet hat und die Zustimmung des anderen Ehegatten nicht zu erlangen war, dann kann dieser Mangel nur durch eine Wiederholung des gesamten Gründungsverfahrens beseitigt werden.

In der Praxis von weitaus grösserer Bedeutung dürfte jedoch die Heilung schwebend unwirksamer Gesamtvermögensgeschäfte durch eine stillschweigend oder durch schlüssiges Verhalten des mitwirkungsberechtigten Ehegatten

---

(1) RG Gruch 71/387 ff, 389.

erteilte Genehmigung sein.
Die Annahme eines so gegebenen Einverständnisses setzt allerdings den Nachweis voraus, dass der mitwirkungsberechtigte Ehegatte von der Erforderlichkeit seiner Zustimmung Kenntnis hatte, zumindest aber sich der Möglichkeit der Genehmigungsbedürftigkeit bewusst war (1).

In diesem Zusammenhang wird darüberhinaus nicht nur eine sinngemässe Anwendung der §§ 17o bis 173 BGB, sondern auch die aus diesen Gesetzesbestimmungen entwickelten Grundsätze der Rechtsscheintheorie auf die Zustimmung befürwortet (2): der mitwirkungsberechtigte Ehegatte, der durch sein Verhalten den Rechtsschein der erteilten Zustimmung zu einem von dem anderen Ehegatten getätigten Gesamtvermögensgeschäft aufkommen lässt, muss diesen Rechtsschein gegen sich gelten lassen.
Dieser Ansicht ist nur mit grosser Zurückhaltung zu folgen. Auszuscheiden hat von vornherein eine Übertragung der Grundsätze zur sog. Anscheinvollmacht, wobei es gleichgültig ist, ob man hierfür ein rechtsscheinerzeugendes Handeln des Vertreters bzw. des paktierenden Ehegatten genügen lässt, sofern dem Vertretenen bei Anwendung der verkehrsmässigen Sorgfalt dieses Handeln nicht hätte verborgen bleiben können (3), oder ob man mit der wohl h.M. sagt, dass auch eine Anscheinsvollmacht ohne ein Verhalten des Vertretenen undenkbar ist (4). Denn zum einen

---

(1) RGZ 118/335 ff, 337; 158/4o ff, 44; BGHZ 2/15o ff, 153.
(2) Bosch FamRZ 1957/189 ff, 195; Massfeller-Reinicke, GleichbG, S. 125; Koeninger-Scheffler in BGB RGR Komm. § 1365 Anm. 29; Reinicke BB 1957/566; Kemper a.a.O., S. 72;
a.A.: Ollig a.a.O., S. 58; Glum a.a.O., S. 176
(3) Kuhn in BGB RGR Komm. § 167 Anm. 6 .
(4) BGH WM 1957/926 ff, 927; Fikentscher AcP 154. Bd., S. 1 ff, 1o; Staudinger-Weber, II. Bd., Teil 1 b, § 242, Anm. A 2o3.

trifft keinen der Ehegatten eine irgendwie geartete generelle Pflicht, die Vermögensverwaltung des anderen Ehegatten zu überwachen. Vorallem aber verbietet sich diese Analogie im Hinblick auf die strengen Widerrufs- und Genehmigungsregelungen des § 1366 Abs. 2 und 3 BGB, die ganz auf den Schutz des anderen Ehegatten ausgerichtet sind. Mit ihnen lässt es sich nicht vereinbaren, dem geschützten Ehegatten sein und des anderen Ehegatten Verhalten zum Nachteil zuzurechnen, wenn er das Handeln des verfügenden Ehegatten nicht gekannt hat.
Vertretbar erscheint hingegen eine entsprechende Anwendung der von Rechtsprechung und Lehre entwickelten Grundsätze zur sog. Duldungsvollmacht: der zustimmungsberechtigte Ehegatte, der ein ihm bekanntes Handeln des anderen Ehegatten, das den Rechtsschein einer gültigen Zustimmung aufkommen lässt, duldet, muss sich sein passives Verhalten zurechnen lassen. Vom geschützten Ehegatten kann verlangt werden, dass er einer Gefährdung seiner Vermögensinteressen deutlich und rechtzeitig entgegentritt.

Eine Heilung schwebend unwirksamer Gesamtvermögensgeschäfte kann sich schliesslich kraft Gesetzes vollziehen. Dies ist etwa anzunehmen, wenn der gesetzliche Güterstand während des Schwebezustandes durch den Tod des mitwirkungsberechtigten Ehegatten endet (1); hierdurch wird § 1365 BGB seiner Aufgabe entleert, womit auch die dem verfügenden Ehegatten auferlegten Bindungen fortfallen (2).

---

(1) Anders ist zu entscheiden, wenn der handelnde Ehegatte stirbt.
(2) Reinicke a.a.O.; Palandt-Lauterbach § 1366 Anm. 2; Dittmann DNotZ 1963/709; Glum a.a.O., S. 172; es erscheint zweifelhaft, ob man mit dieser Begründung eine Heilung kraft Gesetzes eintreten lassen kann, sieht man wie die h.M. und die hier Zitierten den primären Zweck des § 1365 BGB in der Sicherung der wirtschaftlichen Grundlage der Familie.

Anhang:

Die Prüfungspflicht des Registergerichts

Da viele Anwendungsfälle der §§ 1365, 1367 BGB im Gesellschaftsrecht zugleich in das Handelsregister eintragungspflichtige oder eintragungsfähige Tatsachen beinhalten (1), bietet das Prüfungsrecht des Registerrichters, wenn ein solches besteht, eine, wenn auch nicht allzu grosse Gewähr zumindest dafür, dass auf Grund der obigen Normen fehlerhafte Gesamtvermögensgeschäfte nicht auf lange Zeit hin vollzogen werden.
Es ist heute allgemein anerkannt, dass sich das Prüfungsrecht und die Prüfungspflicht des Registergerichts nicht nur auf die formelle Ordnungsmässigkeit, sondern auch auf die rechtliche und sachliche Richtigkeit der beantragten Eintragung zu erstrecken hat (2). Mit dem Zweck des Handelsregisters, nämlich für den Verkehr wesentliche Tatsachen kundzutun, und mit Rücksicht auf die Verkehrswirkung der Eintragung wäre es unvereinbar, hätte der Registerrichter auch einem Antrag stattzugeben, von dem er weiss, dass er mit der materiellen Rechtslage nicht in Einklang steht. Es ist vielmehr zu fordern, dass bei Bedenken an der sachlichen Richtigkeit der Eintragung, die sich nicht nur auf eine blosse Vermutung, sondern auf begründete Verdachtsmomente berufen können, es dem Registergericht zur Pflicht gemacht wird, diesen Bedenken nachzu-

(1) z.B. §§ 1o6, 143, 162 HGB; §§ 27, 183, 2o5 AktG; §§ 5 Abs. 4, 54, 56, 57, 65 GmbHG;
(2) Baumbach-Duden, HGB, § 8 Anm. 4 C; Schlegelberger-Gessler, a.a.O.,§ 8 Anm. 21; Fischer in RGR Grosskomm. AktG § 31 Anm. 3; Scholz GmbHG, § 1o Anm. 3; KGJ 22 A/28o.

gehen und eine eindeutige Klärung der materiellen Rechtslage herbeiführen (1).

Nichts anderes kann gelten, wenn hinreichende Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die etwa beantragte Eintragung einer Gesellschaftsgründung oder Gesellschaftsänderung an dem Mangel des § 1365 BGB leidet; der Antrag ist abzulehnen bzw. durch eine Zwischenverfügung bis zur Klärung der materiellen Rechtslage zurückzustellen. Hierbei ist es gleichgültig, woher im Einzelfall die Bedenken des Registerrichters rühren, ob sie also aus den Eintragungsunterlagen selbst ersichtlich sind oder ob sie seiner privaten Kenntnis entstammen (§ 12 FGG).

---

(1) Auweder RPfl. 1960/35 ff, 37, 38; vergl. auch BGH FamRZ 1961/302 zur Prüfungspflicht des Grundbuchamts. Die dort an Hand von § 1365 BGB entwickelten Grundsätze sind auf die Prüfungspflicht des Registerrichters m.E. übertragbar, da letztlich für beide Gerichte die gleiche Pflicht besteht, nämlich die Bücher und Register nach Möglichkeit mit der wahren Rechtslage in Einklang zu halten; hierzu auch Haegele RPfl. 1959/4 ff, 8 ff;
In der Entscheidung KGJ 22 A/280 ist es dem Registergericht zur Pflicht gemacht, die Ordnungsmässigkeit der Vertretung des Minderjährigen sowie das Vorliegen der Genehmigung des Vormundschaftsgericht zu prüfen, falls die Eintragung einer Gesellschaftsgründung unter Beteiligung eines Minderjährigen beantragt wird; hierzu auch KGJ 23A/89.

II. Die Behandlung unwirksamer Gesamtvermögensgeschäfte im Gesellschaftsrecht.

Scheiden im Einzelfall die Möglichkeiten der rückwirkenden Heilung einer unwirksamen Gesellschaftsgründung, Gesellschaftsänderung oder eines sonstigen Gesamtvermögensgeschäfts aus, dann stellt sich die Frage, ob und gegebenenfalls inwieweit die von den §§ 1365 ff BGB angeordnete Nichtigkeit und die sich hieran knüpfenden Rechtsfolgen im Hinblick auf die Besonderheiten des Gesellschaftsrechts zur Durchführung gelangen können.

Diese Frage konzentriert sich im wesentlichen auf die Anwendbarkeit jener Gesetzesbestimmungen und Rechtsgedanken, mit Hilfe derer der Gesetzgeber sowie Rechtsprechung und Lehre die Fehlerhaftigkeit von Gründungs-, Beitritts- und sonstigen gesellschaftsvertraglichen Erklärungen für weitgehend unbeachtlich erklärt haben.

1. Die generelle Regelung.

Im Recht der Kapitalgesellschaften ist ausdrücklich bestimmt, dass die Nichtigkeit der Satzung einer einmal durch Eintragung in das Handelsregister ins Leben gerufenen Gesellschaft nur noch aus bestimmten Gründen geltend gemacht werden kann (§§ 275 Abs. 1 AktG, § 75 Abs. 1 GmbHG) und dass die ausnahmsweise erfolgreiche Klage nicht die allgemeinen Nichtigkeitsfolgen auslöst, sondern lediglich das gesetzliche Abwicklungsverfahren wie bei der Beendigung einer rechtsgültig begründeten Gesellschaft in Gang setzt (§ 277 Abs. 1 AktG, § 77 Abs. 1 GmbHG).
In ähnlicher Weise ist die Berufung auf die Fehlerhaftigkeit von Gesellschaftsbeschlüssen beschränkt (§§ 241 ff AktG, die auch für die Gesellschaftsbeschlüsse der GmbH entsprechende Anwendung finden).
Von diesen Normen unmittelbar erfasst bzw. ausgeschlossen (§ 275 Abs. 1 S. 2 AktG) werden nun allerdings nicht jene Fälle, bei denen Gründungs- und Beitrittserklärungen an einem Willensfehler oder sonstigen, ihre Fehlerhaftigkeit bedingenden Mängeln leiden (1). Für sie ist jedoch in gleicher Weise anerkannt, dass abweichend von den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts die Geltendmachung der Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit grundsätzlich

---

(1) § 275 Abs. 1 S. 1 AktG bezieht sich nur auf Mängel, die sich aus dem Inhalt der Bestimmungen des § 23 Abs. 3 AktG ergeben; für Willensmängel eines Gründers oder Zeichners besagt § 275 Abs. 1 S. 2 AktG lediglich, dass sie, sofern sie rechtlich von Bedeutung sind, immer nur die Gültigkeit der Mitgliedschaft des fehlerhaft Beteiligten in Frage stellen können, niemals die Gültigkeit des Gesellschaftsvertrages als solchem; Würdinger AktG, § 8 II 1 b, S. 34 und § 17 B IV 3 a, S. 116.

dort versagt bleibt, wo der Mangel in den Beziehungen des Gründers zu den Mitgründern oder zu dritten Personen wurzelt (1).

Für das Recht der Personengesellschaften besagt die Lehre von der sog. faktischen Gesellschaft (2), die in Anlehnung an die Gedanken der obigen Bestimmungen entwikkelt wurde, dass an die Stelle einer von Anfang an eintretenden Nichtigkeit von Gesellschaftsverhältnissen und -beteiligungen, wie sie nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches als Folge bestimmter Nichtigkeitstatbestände und als Folge einer berechtigten Anfechtung bestehen würde, eine Aufhebbarkeit der in Vollzug gesetzten Gesellschaft (mit Wirkung ex nunc) tritt, die im Regelfall durch Abwicklung durchzuführen ist (3).

Ursprünglich für die Behandlung von Mängeln bei der Gründung einer Personengesellschaft des Handelsrechts geschaffen (4), hat sich diese Lehre im Laufe ihrer Entwicklung ein immer grösseres Anwendungsfeld erobert. Heute ist es anerkannt, dass ihre Grundsätze in gleicher Weise für die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts gelten, ebenso für die sog. atypische stille Gesellschaft in ihrem Innenverhältnis, bei der die Rechtsbeziehungen der beiden Partner dem Recht der offenen Handelsgesellschaft angeglichen sind (5).

---

(1) Vergl. RGZ 127/191; Soepel, a.a.O., S. 2; v. Godin-Wilhelmi, AktG, Vorb. vor § 23 Anm. 7.

(2) Der Ausdruck "faktische Gesellschaft" wird heute weitgehend zum Zwecke der Hervorhebung des Erfordernisses eines Vertrages durch die Bezeichnung "fehlerhafte Gesellschaft" ersetzt; vergl. Baumbach-Duden, HGB, § 1o5 Anm. 8 B.

(3) Siebert NJW 1952/8o6 ff, 8o7; Weipert in HGB-RGRKom., § 1o5 Anm. 68 ff, 73.

(4) RGZ 165/193 ff, 2o5.

(5) RG DR 43/8o1; BGHZ 8/157 ff, 167; dazu Siebert, a.a. O.; BGHZ 7/174; Fischer NJW 1955/849 ff, 852.

Desweiteren wird in zunehmenden Masse mit diesen Grundsätzen der faktischen Gesellschaft in den Fällen des fehlerhaften Ausscheidens aus einer Personengesellschaft sowie der mangelhaften Änderung ihres Gesellschaftsvertrages gearbeitet (1). Schliesslich hat sich bis heute weitgehend die Erkenntnis durchgesetzt, dass den Besonderheiten einer im Werden begriffenen Kapitalgesellschaft, die bereits nach aussen und innen ins Leben getreten ist, die Grundsätze von der Behandlung fehlerhafter Personengesellschaften am besten gerecht werden, und ihre Anwendung wird deshalb, wenn auch in modifizierter Form, zu Recht befürwortet (2).

Ein Grossteil der Tatbestände des Gesellschaftsrechts, die ein Gesamtvermögensgeschäft beinhalten können, decken sich mit jenen, die grundsätzlich nach den obigen, von Rechtsprechung und Lehre entwickelten Grundsätzen zu behandeln sind; ob und inwieweit sie jedoch in den Fällen einer durch die §§ 1365, 1367 BGB verursachten Fehlerhaftigkeit des gesamten Gesellschaftsverhältnisses oder der Beteiligung des Ehegatten allein zur Anwendung gebracht werden können, hat sich nach der Vereinbarkeit und dem Rangverhältnis der Rechtswerte zu entscheiden, die einerseits diese Grundsätze des Gesellschaftsrechts, andererseits die Regelung des § 1365 BGB tragen und rechtfertigen. Hierbei ist das Aussen- und Innenverhältnis der einzelnen Gesellschaftsform gesondert zu betrachten.

---

(1) Fischer a.a.O.; Weipert in RGRKom. z. HGB, § 1o5 Anm. 76; Schlegelberger-Gessler, a.a.O., § 1o5 Anm. 62 n ff; Erman a.a.O., S. 35 u. 38; BGH WM 1962/1353; BGH DB 1956/65.

(2) BGHZ 3/285; 8/166; 11/19o; 21/245; BGH BB 1965/713; BGH LM Nr.1 zu § 11 GmbHG; BGHZ 17/16o; 26/33o; RGZ 166/59;
Fischer a.a.O.; ders. in JZ 1954/426 ff, 427; Fischer in Grosskom. AktG, § 22 Anm. 11; Scholz GmbHG, § 11 Anm. 14 (der den Eintritt in den Rechtsverkehr genü-

2. Das Aussenverhältnis.

Wenn dem einzelnen Gesellschafter die Geltendmachung der Fehlerhaftigkeit seiner Gründungs- oder Beitrittserklärung verwehrt wird, so beruht dies - soweit das Aussenverhältnis der Gesellschaft in Frage steht - auf dem allgemeinen, das gesamte Handelsrecht beherrschenden Grundsatz, wonach derjenige, der eine Erklärung an die Öffentlichkeit abgibt, diese, zumindest Gutgläubigen gegenüber auch dann gegen sich gelten lassen muss, wenn sie unrichtig ist oder an einem sonstigen Mangel leidet (1). Der Rechtsverkehr, der auf das wirksame Zustandekommen und das Bestehen der Gesellschaft, bei einer solchen mit eigener Rechtspersönlichkeit insbesondere auf das Vorhandensein und die Erhaltung des satzungsmässig festgesetzten Grundkapitals vertraut, darf in diesem Vertrauen nicht enttäuscht werden; der einzelne Gesellschafter muss sich deshalb an seinen Erklärungen festhalten lassen, weil er mit dem Auftreten als Gesellschafter,

---

Fortsetzung der Anm. 2 auf Seite 178:
gen lässt); Baumbach-Hueck, AktG, Übers. v. § 16 Anm. 1 B;
a.A.: v. Godin-Wilhelmi, AktG, § 22 Anm. 9; Teichmann-Kohler, AktG, § 16 Anm. 2 a; Hachenburg-Schilling, § 2 Anm. 12, 30.

Für die Anwendung der Grundsätze der faktischen Gesellschaft ist es m.E. gleichgültig, welche Rechtsform man der werdenden Kapitalgesellschaft zuschreibt.

(1) Vergl. RGZ 123/102 ff, 104, 107; 142/98 ff, 103; 145/155 ff, 160;
Baumbach-Hueck AktG, Übers. v. § 16 Anm. 1 B; Hueck, AcP, Bd. 29 n.F., S. 1 ff, 2; Erman, a.a.O., S. 8/9; Barz in Grosskom. AktG, § 2 Anm. 4; Lobedanz, a.a.O., S. 144 ff; Scholz GmbHG, § 3 Rdnr. 29; Brodmann, GmbHG, S. 13/14; Würdinger AktR., § 17 E IV 3, S. 116; Schlegelberger-Gessler, § 123 Anm. 11.

dem Eintritt der Gesellschaft in den Rechtsverkehr und ihrer Eintragung in das Handelsregister den Rechtsschein eines vollgültigen Gesellschaftsverhältnisses und den Anschein seiner rechtswirksamen Beteiligung hervorgerufen bzw. mitveranlasst, zumindest aber ihn nicht gehindert hat.

Eine von Anfang an bestehende Nichtigkeit oder rückwirkende Anfechtbarkeit des Gesellschaftsvertrages oder der einzelnen Beitrittserklärung kann deshalb bei der ins Handelsregister eingetragenen Gesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit grundsätzlich nie, bei der in den Rechtsverkehr eingetretenen Personen- sowie der im Werden begriffenen Kapitalgesellschaft zwar stets, dann aber nur mit Wirkung für die Zukunft geltend gemacht werden.

Ist die Fehlerhaftigkeit des gesamten Gesellschaftsverhältnisses oder die der Beteiligung des Ehegatten allein durch § 1365 BGB bedingt, so kann die Rechtsfolge im Aussenverhältnis, betrachtet man dieses zunächst für sich allein, keine andere sein.
Die Erklärung, die der Ehegattengesellschafter mit seinem Beitritt der Öffentlichkeit gegenüber abgibt und der von ihm mitveranlasste Rechtsschein eines rechtsgültig begründeten Gesellschaftsverhältnisses sind ihm ohne weiteres zurechenbar. Denn diese Erklärung trägt im Verhältnis zu den vertrauenden Dritten haftungsrechtlichen Charakter und besagt, dass die Gesellschaft mit bzw. in Höhe des Wertes der übernommenen Einlagen den kreditgewährenden Gesellschaftsgläubigern zukünftig haften und hierfür ein Gesellschaftsvermögen in Höhe des Grundkapitals aufbringen werde (1),nicht ist sie ihnen gegenüber auf

---

(1) Würdinger, a.a.O..

eine Verfügung über das Vermögen im ganzen gerichtet. Übernimmt der Ehegatte darüberhinaus die Stellung eines Komplementärs, so verspricht er damit zusätzlich die Haftung mit seinem privaten Vermögen.
An der Abgabe derartiger haftungsrechtlicher Erklärungen ist ein Ehegatte durch § 1365 BGB aber auch dann nicht gehindert, wenn er hierdurch sein gesamtes Vermögen dem potentiellen Zugriff Dritter preisgibt.
Die der Öffentlichkeit gegenüber abgegebene Erklärung steht nun allerdings in unmittelbarem Zusammenhang mit der unwirksamen Verpflichtung, das gesamte Vermögen der Gesellschaft zu übereignen und dem gemeinsamen Zweck zu widmen (1). Die Unwirksamkeit des Einlagegeschäfts kann jedoch gegenüber den Haftungsansprüchen solcher Dritter nicht eingewendet werden, die den Mangel des Gesellschaftsvertrages oder den der Beteiligung des Ehegatten allein nicht kannten. Denn werden im Rahmen des § 1365 BGB bereits die unmittelbaren Geschäftsgegner des Ehegatten in ihrer Unkenntnis davon geschützt, dass Gegenstand des Vertrages das im wesentlichen gesamte Ehegatten-Vermögen ist, so muss dies haftungsrechtlich auch für diejenigen gelten, denen gegenüber der Beitrittsakt bzw. seine Manifestierung durch das Auftreten als Gesellschaft und die Eintragung den Rechtsschein eines gültigen Gesellschaftsverhältnisses entfaltet.
Vollends trifft dies zu, wenn der Ehegatte durch sein

---

(1) Eine isolierte Betrachtung der Erklärung des Ehegatten als Komplementär, für die Gesellschaftsschulden persönlich einstehen zu wollen, ist nicht möglich, so aber Ollig, a.a.O., S. 119; denn auch der Erwerb der Komplementärstellung und die hiermit an die Öffentlichkeit gerichtete Erklärung ist mit dem Beitrittsakt untrennbar verbunden. Es kann auch nicht gesagt werden, der Komplementär trete gleichzeitig in zwei voneinander getrennten Eigenschaften auf, einmal als Vertreter der Gesellschaft, zum anderen als persönlich haftender Gesellschafter.

eigenes Handeln als Gesellschafter den Rechtsschein seiner wirksamen Beteiligung hervorruft; es muss aber auch dann gelten, wenn die Gesellschaft selbst oder Mitgesellschafter den Rechtsschein setzen, weil sich der Ehegatte mit ihrem Handeln und ihrer Betätigung im Rechtsverkehr einverstanden erklärt hat.
Die Übernahme der Grundsätze zur Rechtsscheintheorie auf die infolge des § 1365 BGB unwirksamen Gesellschaftsverhältnisse und Gesellschaftsbeteiligungen ist aber nicht nur aus einer sinngemässen Anwendung der subjektiven Theorie im Verhältnis zu den gutgläubigen Dritten gerechtfertigt. Es gilt desweiteren zu beachten, dass der Fall der rechtsunwirksamen Beteiligung eines Ehegatten -im Hinblick auf das Aussenverhältnis der Gesellschaft- nicht vergleichbar ist mit jenem des vormundschaftsgerichtlich nicht genehmigten Beitritts eines Minderjährigen (§ 1822 Nr. 3 BGB) oder jenen, bei denen die Unterschrift eines angeblichen Gründers oder Zeichners gefälscht wurde, für ihn ein Vertreter ohne Vertretungsmacht gehandelt hat oder die Erklärung eines Mitgründers ohne dessen Willen an die Öffentlichkeit gelangt ist (1). Denn anders als der Minderjährige ist der Ehegatte durch § 1365 BGB in keiner Weise in seiner Geschäftsfähigkeit beschränkt, so dass er auch an der Abgabe verbindlicher und einer die Haftung aus Rechtsschein begründenden Erklärung nicht gehindert ist (2).

---

(1) In diesen Fällen braucht sich der fehlerhaft bzw. rechtlich überhaupt nicht Beteiligte auch nicht im Verhältnis zu den Gesellschaftsgläubigern als Gesellschafter behandeln lassen; Vergl. Baumbach-Hueck, AktG, Übers. v. § 16,Anm. 1 B; Würdinger, AktR.,§ 17 B IV 3, S. 116.

(2) So zu Recht Schlegelberger-Gessler, § 1o5 Anm. 62 1 gegen Fischer NJW 196o/938 Fsnte 12, der auch eine Heranziehung des Ehegatten aus § 128 HGB für nicht möglich hält.

Den übrigen Fällen vergleichbar wäre die durch § 1365 BGB bedingte Fehlerhaftigkeit des Gründungs- oder Beitrittsaktes eventuell dann, wenn der geschützte Ehegatte sachenrechtlich, zumindest aber schuldrechtlich am Vermögen des anderen beteiligt wäre und deshalb die haftungsrechtliche Erklärung unmittelbar in seine Rechtsposition eingreifen würde. Eine derartige Rechtsstellung vermittelt § 1365 BGB dem anderen Ehegatten jedoch nicht (1).

Es bestehen somit keine grundsätzlichen Bedenken, den Ehegatten im Verhältnis zu gutgläubigen Dritten als vollwirksames Mitglied der Gesellschaft zu behandeln.

---

(1) Es kommt somit für die Haftung des Ehegatten im Aussenverhältnis m.E. nicht darauf an, ob auch der geschützte Ehegatte einen Rechtsschein verursacht hat; das verkennt Ollig a.a.O., S. 59.

3. Das Innenverhältnis

Die Feststellung, dass sich der Ehegatte zumindest im Verhältnis zu gutgläubigen Dritten als Mitglied der Gesellschaft behandeln lassen muss, sagt noch nichts darüber aus, ob dies auch im Verhältnis zur Gesellschaft und in dem der Gesellschafter untereinander zu gelten hat.

Die Frage ist für die Gesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit einerseits sowie die Personen- und die im Werden begriffene Kapitalgesellschaft andererseits getrennt zu untersuchen.

a. Das Innenverhältnis bei der eingetragenen Kapitalgesellschaft

Der im Recht der Aktiengesellschaft und der Gesellschaft mit beschränkter Haftung vorherrschende Grundsatz der Aufbringung und Erhaltung der Kapitalgrundlage bedingt es, dass die Fehlerhaftigkeit einer einzelnen Gründer- oder Beitrittserklärung, deren Geltendmachung das Grund- bzw. Stammkapital schmälern könnte, nicht nur im Aussenverhältnis, sondern auch im Verhältnis zur Gesellschaft für weitgehend unbeachtlich erklärt werden muss.Da es die Gesellschaft als solche ist,die im Rechtsverkehr auftritt, kann der Schutz des Publikums und der Gesellschaftsgläubiger nur dadurch wirksam gestaltet werden,dass man der Gesellschaft mangelhaft übereignetes Vermögen belässt und dem fehlerhaft beteiligten Gesellschafter die Geltendmachung der Unwirsamkeit seines Beitritts und der sich hieran

knüpfenden Rechtsfolgen verwehrt.

Eine Zurückstellung der Vermögensinteressen des mangelhaft beteiligten Gesellschafters hinter denen der Allgemeinheit lässt sich auch in aller Regel rechtfertigen, weil auch dieser Gesellschafter durch seine Erklärung an die Öffentlichkeit den Rechtsschein eines fehlerfrei zustandegekommenen Gesellschaftsverhältnisses mitveranlasst hat (1).

Zweifelhaft erscheint es jedoch, ob man mit diesem Hinweis auch dem zustimmungsberechtigten Ehegatten die Berufung auf die Nichtigkeit des Einlagegeschäfts im Verhältnis zur Gesellschaft abschneiden kann. Denn dies würde bedeuten,dass sich ein ausserhalb der Gesellschaft stehender Dritter einen Eingriff in seine Rechtsposition als mittelbare und notwendige Folge der von einem anderen abgegebenen rechtserheblichen Erklärung gefallen lassen müsste. Das aber könnte nur angenommen werden, wenn auch dem Dritten der mit dem Beitritt veranlasste Rechtsschein zurechenbar ist, sei es, dass er ihn positiv mitverursacht, sei es, dass er ihn pflichtwidrig nicht gehindert hat.
Einen generellen Tatbestand,aus dem sich die Zurechenbarkeit zu Lasten des geschützten Ehegatten ableiten liesse, gibt es jedoch nicht. Es besteht für den anderen Ehegatten weder eine Pflicht noch überhaupt eine rechtliche Handhabe, den Ehepartner an der Abgabe

---

(1) Hueck, GesR., § 23 IV 2, S. 123; es ist auch zu beachten, dass hier die gröbsten Unbilligkeiten oftmals durch Schadensersatzansprüche ausgeglichen werden können; ausgeschlossen sind allerdings solche aus § 31 BGB wegen eines deliktischen Verhaltens der Gesellschaftsorgane, da auch ihre Erfüllung zu einer Minderung der Kapitalgrundlage führen könnte, vergl. v. Godin-Wilhelmi, AktG, vor § 23 Anm. 7.

haftungsrechtlicher Erklärungen zu hindern.
Das Auseinanderfallen der am Gesellschaftsverhältnis beteiligten und der durch § 1365 BGB geschützten Person hat es somit zur Folge, dass sich der Schluss von der Wirksamkeit der Mitgliedschaft des Ehegatten im Aussenverhältnis auf die Gültigkeit im Innenverhältnis verbietet.
Dieses Ergebnis kann auch nicht abgeändert werden mit der Erwägung, dass das Interesse des nicht beteiligten Ehegatten an der Rückgängigmachung des Einlagegeschäfts hinter dem der Allgemeinheit an einer Erhaltung der Kapitalgrundlage und dem Bestand der Gesellschaft zurückzutreten habe . Denn im Verhältnis zur Gesellschaft hat der zustimmungsberechtigte Ehegatte ebenso wie die vertrauenden Gesellschaftsgläubiger die Stellung eines Dritten, so dass ein Vorrang der Interessen der letzteren nicht schlechthin besteht.

Nach alle dem können die Folgen einer durch § 1365 BGB bedingten Fehlerhaftigkeit der Beteiligung des Ehegatten nur in einem gerechten Ausgleich der sich widerstreitenden Interessen gefunden werden: einerseits dürfen die Rechte des durch § 1365 BGB geschützten Ehegatten nicht restlos übergangen werden, andererseits kann es nicht unbeachtlich bleiben, dass sich der Ehegatten-Gesellschafter im Aussenverhältnis als Mitglied der Gesellschaft behandeln lassen muss.

Eine den Interessen aller entgegenkommende Lösung bietet auch hier der Vorschlag, die aus § 1365 BGB resultierenden Nichtigkeitsfolgen auf die Zukunft zu beschränken, somit die Beteiligung des Ehegatten in der Zeit zwischen der Vornahme des nicht konsentierten Gesamtvermögensgeschäfts und der Verweigerung seiner Genehmigung bzw. der Geltendmachung der Nichtigkeitsfol-

gen als rechtswirksam zu behandeln.
Dies bedeutet, dass der Versagung der Genehmigung keine rückwirkende Kraft zukommen darf, sondern dass die Unwirksamkeitsfolgen des Einlagegeschäfts und der Beteiligung im ganzen erst ab dem Zeitpunkt zur Entfaltung kommen, zu dem der andere Ehegatte der Gesellschaft gegenüber die nachträgliche Zustimmung versagt und die Rückgängigmachung des Gesamtvermögensgeschäfts verlangt (1).
Im Interesse klarer Rechtsverhältnisse, vorallem einer einwandfreien Feststellung aller Voraussetzungen der zu § 1365 BGB geltenden subjektiven Theorie, ist zu fordern, dass der zustimmungsberechtigte Ehegatte die Nichtigkeit der Beteiligung in Analogie zu den Vorschriften der §§ 275 AktG, 75 GmbHG im Wege der Klage geltend macht. Erst ein dem Klagebegehren stattgebendes Urteil bewirkt das Ausscheiden des Ehegatten aus der Gesellschaft (2). Eine Beendigung der Mitgliedschaft des Ehegatten mit der Folge, dass er anstelle einer etwa erbrachten Sacheinlage ein Abfindungsguthaben erhält, würde das Interesse des anderen Ehegatten an einer Erhaltung des Vermögens in seiner ursprünglichen Substanz übergehen. Der Abfindungsanspruch muss deshalb seinem Grunde nach auf Rückgabe der Einlage in natura gerichtet sein.

---

(1) Dem Ehegatten-Gesellschafter selbst ist die Berufung auf die Nichtigkeit der Einlageverpflichtung und ihrer Erfüllung aus eigenem Recht zu versagen (teilweise Abbedingung des § 1368 BGB); denn er ist nicht anders zu behandeln als jeder andere Gesellschafter, dessen Einlageversprechen anfechtbar oder nichtig ist, dem die Berufung hierauf aber infolge des von ihm mitveranlassten Rechtsscheins verwehrt ist.

(2) Gegen zwischenzeitliche Veränderungen, insbesondere einer Veräusserung der Ehegatten-Einlage durch die Gesellschaft, kann sich der klagende Ehegatte mit einer einstweiligen Verfügung schützen (§§ 935 ff ZPO).

Der Vorschlag einer Beschränkung der Nichtigkeitsfolgen auf die Zukunft hat nun allerdings zur Folge, dass der Ehegatten-Gesellschafter für die zurückliegende Zeit am Verlust der Gesellschaft zu beteiligen ist. Aus diesem Grunde kann nicht Rückgabe der Einlage in vollem Umfang, sondern nur um den auf den Ehegatten entfallenden Verlustanteil gemindert bzw. hiermit "belastet" verlangt werden (1).
Diese Einschränkung seiner Rechte muss der geschützte Ehegatte hinnehmen, weil nur auf diese Weise die Rechtserheblichkeit der vom Ehegatten-Gesellschafter anlässlich seines Beitritts abgegebenen haftungsrechtlichen Erklärung Berücksichtigung finden kann. Denjenigen, die während der Mitgliedschaft des Ehegatten Gläubiger der Gesellschaft geworden sind, muss das Stamm- und Grundkapital in voller Höhe erhalten bleiben (2).

Ein der Klage des zustimmungsberechtigten Ehegatten stattgebendes Urteil kann nicht die Auflösung der Gesellschaft, sondern nur das Ausscheiden des Ehegatten aussprechen. Denn die Nichtigkeit seiner Beteiligung berührt nicht den Bestand der einmal in das Handelsregister eingetragenen Gesellschaft; eine Berufung der Mitgesellschafter auf die Vermutung des § 139 BGB scheidet aus. Dies ergibt sich aus der abschliessenden Aufzählung der Gründe im Gesetz, die zu einer Auflösung der Gesellschaft führen (3).

---

(1) Die Rückgabe des Ehegatten-Vermögens nach Rechtskraft des Urteils und Ablauf des Sperrjahres kann nicht als Rückgewähr der Stammeinlage i.S.d. §§ 57 AktG, 3o GmbHG gelten.
(2) Die Gläubigerschutzbestimmungen der §§ 272 AktG, 73 GmbHG sind deshalb einzuhalten.
(3) § 275 Abs. 1 S. 2 AktG; RGZ 114/79; Schilling in Grosskom. AktG, § 2 Anm. 4 a; v. Godin-Wilhelmi AktG, Vorb. v. § 23 Anm. 9; Würdinger AktR., § 17

Auch geht die freiwerdende Mitgliedstelle des Ehegatten nicht unter. Die rechtswirksame Beteiligung des Ehegatten im Aussenverhältnis hat die Kapitalgesellschaft mit ihrer Eintragung in vollem Umfang und mit allen Mitgliedstellen zur Entstehung kommen lassen (1).
Im Hinblick darauf, dass nach Rückgabe der Ehegatten-Einlage der auf den frei werdenden Geschäftsanteil eingeforderte Betrag als nicht eingezahlt gelten kann, steht die Mitgliedstelle des Ehegatten nicht der Gesellschaft selbst zu (vergl. §§ 71 Abs.2 AktG, § 33 GmbHG), sondern die Aktien und Geschäftsanteile sind von den Mitgesellschaftern zu übernehmen. Die Lücke im Grundkapital ist durch die Haftungsansprüche gegen die Mitgründer und die sonst nach den §§ 46, 93, 116 AktG, §§ 9, 22, 24 und 43 GmbHG verantwortlichen Personen oder mit dem Erlös aus der Veräusserung des Geschäftsanteils an einen Dritten zu schliessen (2) (3). Soweit die Auffüllung des Stammkapitals aus tatsächlichen Gründen scheitert, bleibt nur der Weg einer Kapitalherabsetzung übrig.

Fortsetzung der Anm. 3 auf Seite 188:
B IV 3, S. 116; Scholz GmbHG, § 3 Rdnr. 12; Baumbach-Hueck GmbHG, Einf. zu §§ 75 bis 77.
Allerdings kann die Gesellschaft durch die Rückgabe der Ehegatten-Einlage zur Auflösung gezwungen sein, sei es, weil sie ohne die Sacheinlage des Ehegatten ihren Zweck nicht erreichen kann, sei es, weil der Mindestnennbetrag des Grundkapitals nicht mehr aufgebracht werden kann. An dem Verlust, den die Gesellschaft durch eine Auflösung erleiden würde, ist der Ehegatte nicht zu beteiligen.

(1) v.Godin-Wilhelmi, a.a.O., Würdinger AktR.,§ 17 B IV 3 b, S. 117, die dies auch im Falle der vollends nichtigen Beteiligung eines Minderjährigen annehmen.

(2) Die Haftenden können sich nicht darauf berufen,dass die Beteiligung des Ehegatten bis zum rechtskräftigen Ausspruch ihrer Nichtigkeit als wirksam behandelt wird.

(3) Dieser Vorschlag v.Godin-Wilhelmi, a.a.O.,zur Abwicklung der nichtigen Beteiligung eines Minderjährigen kann insofern für die Behandlung der durch § 1365 BGB bedingten Fehlerhaftigkeit übernommen werden.

b. Das Innenverhältnis bei der Personen- und der noch nicht eingetragenen Kapitalgesellschaft.

Anders als bei der Gesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit ist eine Aufrechterhaltung des Innenverhältnisses der rechtsfehlerhaft begründeten Personen- und der noch nicht eingetragenen Kapitalgesellschaft für die zurückliegende Zeit weitgehend unnötig, um auf diese Weise den Schutz der Öffentlichkeit und der Gesellschaftsgläubiger zu verwirklichen. Der mit der Eintragung der Gesellschaft oder der Aufnahme des gemeinsamen Geschäftsbetriebs und des Auftretens als Gesellschafter veranlasste Rechtsschein einer wirksam zustandegekommenen Gesellschaft, lässt die persönliche Haftung der Beteiligten (§§ 128, 13o, 171, 173 HGB) zumindest gutgläubigen Dritten gegenüber bestehen (1).
Wenn dennoch die Lehre von der sog. faktischen Gesellschaft ähnlich den gesetzlichen Anordnungen für das Kapitalgesellschaftsrecht bestimmt, dass das fehlerhafte Gesellschaftsverhältnis für die zurückliegende Zeit als wirksam zu behandeln ist, so resultiert demnach dieser Grundsatz aus anderen Überlegungen: den Besonderheiten des Gesellschaftsvertrages, insbesondere dem Umstand, dass es sich hierbei nicht um einen gegenseitigen Vertrag handelt (2) sowie seinem Dauercharakter und den in ihm enthaltenen personenrechtlichen Elementen (3), könnte man nicht in hinreichendem Masse Rechnung tragen, würde man das über längere Zeit hin vollzogene Gesellschafts-

---

(1) Soweit die Haftung eines Gesellschafters im Aussenverhältnis versagt, gilt § 139 BGB nicht, RGZ 145/155 ff, 158; BGHZ 13/32o ff, 324.
(2) Hueck, GesR., § 6 II 3, S. 26; Larenz, SchR., II. Bd., § 56 I b, S. 286; Baumbach-Duden, HGB, § 1o5 Anm. 2 F; Gierke , § 32 I 2.
(3) Schumann, § 28 II 2, S. 219.

verhältnis nach der allgemeinen Nichtigkeitsordnung des bürgerlichen Rechts rückgängig machen wollen. Die Anwendung der allgemeinen Nichtigkeitsvorschriften würde zwar zu einem rein theoretisch exactem Ergebnis führen, nicht aber wäre hierdurch in aller Regel eine materiell gerechte Ordnung hergestellt, ganz abgesehen davon, dass eine Rückabwicklung der Gesellschafterbeziehungen infolge ihrer Vielfalt und engen Verflochtenheit in der Praxis zu kaum lösbaren Schwierigkeiten führen würde (1).
Das Fehlen einer gesetzlichen Regelung, mit Hilfe derer ein über längere Zeit hinaus vollzogenes Gesellschaftsverhältnis im Sinne einer materiellen Gerechtigkeit aufgelöst werden könnte, hat sich als eine Gesetzeslücke erwiesen, die am sachgerechtesten durch eine Beschränkung der Anfechtungs- und Nichtigkeitsfolgen auf die Zukunft zu schliessen ist (2).

Findet aber die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft ihre Rechtfertigung letztlich in der Ordnungs- und Gerechtigkeitsfunktion des materiellen Rechts, nicht in der rechtlichen Anerkennung des in der Vergangenheit

---

(1) Erman, a.a.O., S. 6o ff; Larenz, SchR.,II. Bd., § 56 VII, S. 31o ; Schlegelberger-Gessler, a.a.O.,§ 1o5 Anm. 61; Lehmann, Faktische Vertragsverhältnisse, NJW 1958/1 ff, 4, der die "sozialrechtliche Funktion" der Gesellschaft betont; Baumbach-Duden, HGB, § 1o5 Anm. 8 B, wo zu Recht gesagt wird, dass erst mehrere Überlegungen zusammen die Anerkennung der "faktischen Gesellschaft" rechtfertigen. Auch der BGH folgt trotz der missverständlichen und in seinen Entscheidungen immer wiederkehrenden Formel von der "Anerkennung des tatsächlichen Zustandes" der h. M.; vergl. BGHZ 3/281 ff, 291, wo ausdrücklich auf die Bedürfnisse der Abwicklung der Gesellschaft abgestellt ist; desweiteren BGHZ 8/157 ff, 167; 11/19o ff, 191; 17/16o ff, 167.

(2) Erman, a.a.O., S. 6o; Larenz, a.a.O.; hierzu auch RGZ 165/193 ff, 2o5; Schumann, § 28 III 4 b, S. 224.

liegenden tatsächlichen Zustandes (1), dann macht dies zweierlei deutlich: zum einen kann es für die Anwendung ihrer Grundsätze keinen gravierenden Unterschied bedeuten, ob das Gesetz, das die Mangelhaftigkeit des Gesellschaftsverhältnisses bedingt, einen der unmittelbar oder, wie hier, einen nur funktionell und mittelbar Beteiligten zu schützen bestimmt ist. Allein, wenn die Anerkennung der fehlerhaften Gesellschaft etwa in der Bildung eines gemeinschaftlichen Vermögens zu suchen wäre, dann könnte schon aus diesem Grunde eine Beschränkung der durch § 1365 BGB herbeigeführten Nichtigkeitsfolgen auf die Zukunft nicht angenommen werden, weil eben § 1365 BGB gerade dieses Rechtsgeschäft der Einbringung des gesamten Vermögens in die Gesellschaft verbietet.
Zum anderen machen die tragenden Gedanken der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft deutlich, dass sich die Frage, ob und gegebenenfalls inwieweit eine Beschränkung der Nichtigkeitsfolgen auf die Zukunft stattfinden kann, nach der Vereinbarkeit der hierdurch hervorgerufenen Rechtsfolgen mit dem Verbotsgehalt und dem Zweck der die Nichtigkeit anordnenden Norm zu entscheiden hat (2).

---

(1) So die eigentliche Lehre von der faktischen Gesellschaft, die auch in der Tatsache der Betätigung der Gesellschaft nach aussen und innen eine ausreichende Grundlage für ihre Anerkennung sieht; so voralem Siebert, Festschrift für Hedemann, S. 266; unklar Fischer NJW 1955/849, wenn es dort heisst, dass "die Grundlage für die Anerkennung der faktischen Gesellschaft die gemeinsam gewollte Arbeit und Tätigkeit in der Gesellschaft bilde".

(2) Hueck AcP 29.Bd. d.n.F., S. 1 ff, 7; in dieser Weise ist auch die immerwiederkehrende Formel des BGH zu verstehen, wonach gegenüber der Anerkennung der faktischen Gesellschaft gewisse Einschränkungen dort geboten sind, "wo die rechtliche Anerkennung des tatsächlichen Zustandes mit gewichtigen Interessen der

Die Beschränkung der Nichtigkeitsfolgen auf die Zukunft führt zunächst zu der Unterstellung eines rechtsgültigen Gesellschaftsverhältnisses mit unmittelbaren Rechten und Pflichten der Beteiligten für die zurückliegende Zeit.

Von diesen Rechtsfolgen sind in unserem Zusammenhang die Annahmen von Interesse, dass die Einlage des Ehegatten in das gesamthänderische Gesellschaftsvermögen übergegangen ist und dass der Ehegatte am Verlust der Gesellschaft teilnimmt.

Die Unterstellung eines gemeinsamen Vermögens ist unschädlich, sofern diese Folge bei der Auseinandersetzung der Gesellschaft oder der Auflösung der Mitgliedschaft des Ehegatten behoben werden kann.

Mit dem Hinweis, dass der mitwirkungsberechtigte Ehegatte - etwa im Gegensatz zum Minderjährigen - nicht generell vor rechtsgeschäftlichen Handlungen des Ehepartners geschützt ist, die eine Minderung des Vermögens zur Folge haben, lässt sich die Anordnung einer Verlustbeteiligung des Ehegatten-Gesellschafters zwar allein nicht rechtfertigen; denn es besteht ein Unterschied, ob die Vermögensschmälerung die Folge eines zustimmungsbedürftigen, aber konsenslos vorgenommenen Gesamtvermögensgeschäfts oder eines nicht der Vinkulierung unter-

---

Fortsetzung der Anm. 2 auf Seite 192:
Allgemeinheit oder einzelner schutzwürdiger Personen in Widerspruch treten würde"; so BGHZ 3/288; 17/166; zur Auslegung dieser Formel Fischer NJW 1958/969 ff; Schlegelberger-Gessler, a.a.O., § 1o5 Anm. 62 f und 62 g.
Unter Zugrundelegung dieser Formel wollen Baumbach-Duden, HGB, § 1o5 Anm. 8 E, Fischer NJW 196o/938, Ollig, a.a.O., S. 6o ff und Tubessing BB 1966/832 die Anerkennung der durch § 1365 BGB bedingten fehlerhaften Gesellschaft verneinen; der Schutzzweck des § 1365 BGB sei stärker als das Bedürfnis nach Anerkennung der faktischen Gesellschaft;
eine modifizierte Anwendung der Grundsätze schlägt Schlegelberger-Gessler, a.a.O., § 1o5 Anm. 62 l und 62 k vor; hierzu vergl. S.195 unten.

fallenden gewöhnlichen Verkehrsgeschäft ist: hier ordnet das Gesetz die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts und aller seiner Folgen an, dort sieht es nur eine Ausgleichung der gröbsten Unbilligkeiten vor (1).
Für eine Beteiligung des Ehegatten am Verlust der Gesellschaft spricht jedoch einmal, dass die Überwälzung seines Verlustanteils auf die Mitgesellschafter zu tatsächlich und rechtlich kaum lösbaren Schwierigkeiten dann führt, wenn das Gesellschaftsverhältnis über längere Zeit hin vollzogen wurde. Mit den Anspruchsgrundlagen, die uns das bürgerliche Recht an die Hand gibt, vorallem den Vorschriften des Bereicherungsrechts (§ 812 ff BGB), lässt sich eine sachgerechte Abwicklung in aller Regel nicht durchführen.
Im Zusammenhang hiermit steht eine weitere Überlegung, die nicht unbeachtet bleiben darf: die Regelung des § 1365 BGB stellt auf den Typ des gegenseitigen Vertrages, des Austauschvertrages ab. Sein wesentliches Kennzeichen ist es, dass der Verlust, den einer der Vertragsbeteiligten in Vollzug des Rechtsgeschäfts erleidet, sich in aller Regel als Vermögensvorteil bei dem anderen niederschlägt. Anerkennt die Rechtsordnung dieses Geschäft aus Gründen des Schutzes eines Dritten nicht, dann ist es auch gerechtfertigt, dass derjenige, der hieraus einen Vorteil gezogen hat, diesen wieder "herausgibt".
Anders ist die Rechtslage beim Gesellschaftsvertrag. Er ist kein Austauschvertrag (2). Ist in ihm bestimmt, dass sich der Verlustanteil der Beteiligten nach dem Werte der erbrachten Einlage berechnet und tritt in der Folge eine Schmälerung des Gesellschaftsvermögens ein,

---

(1) etwa § 1375 Abs. 2 BGB;
(2) vergl. Anm. 2 S.190 oben;

dann ist kein Gesellschafter um den Verlust bereichert, den ein anderer in Durchführung des Gesellschaftsvertrages erlitten hat.
Unter diesem Gesichtspunkt könnte es dann auch nicht als gerecht empfunden werden, wollte man den Ehegatten im Verhältnis zu den Mitgesellschaftern von jeder Verlustbeteiligung freistellen. Dies muss umsomehr gelten, als der vom Ehegatten veranlasste Rechtsschein ihm ohne weiteres zurechenbar ist und auch der andere Ehegatte ihn im Verhältnis zu den gutgläubigen Dritten gegen sich gelten lassen muss.
Schliesslich ist zu bedenken, dass nur eine Aufrechterhaltung des Gesellschaftsverhältnisses unter Einschluss des Ehegatten für die zurückliegende Zeit die wünschenswerte Beteiligung des Ehegatten auch an einem eventuellen Gewinn der Gesellschaft konstruktiv einheitlich rechtfertigen kann (1).
Die Nichtigkeit der Beteiligung des Ehegatten ist mit Rücksicht auf die rechtliche und wirtschaftliche Tragweite der Entscheidung auch hier im Prozesswege geltend zu machen (2) (3).

---

(1) Dies betont zu Recht Schumann, a.a.O.; a.A.: Schlegelberger-Gessler, a.a.O., § 1o5 Anm. 62 l, der den Ehegatten-Gesellschafter wie den fehlerhaft beteiligten Minderjährigen behandeln will; er soll, sofern die Gesellschaft mit Gewinn gearbeitet hat, hieran beteiligt werden; ein eventuell passives Kapitalkonto des Minderjährigen z.Zt. der Auseinandersetzung soll dagegen unbeachtlich bleiben (vergl. Anm. 62 k). Dieser Vorschlag bevorzugt den Ehegatten in einer nicht gerechtfertigten Weise, wie überhaupt eine entsprechende Heranziehung der Rechtsprechung zum Minderjährigenschutz die Bedeutung des § 1365 BGB überschätzt; für sie treten jedoch ein Ollig a.a.O., S. 118 und Fischer NJW 196o/939.
(2) § 133 HGB analog;
(3) Ob die durch § 1365 BGB bedingte Fehlerhaftigkeit das gesamte Gesellschaftsverhältnis oder nur die Beteiligung des Ehegatten ergreift, entscheidet sich

Ein der Klage stattgebendes Urteil setzt das gesetzliche oder satzungsmässig bestimmte Abwicklungsverfahren in Gang oder bewirkt das Ausscheiden des Ehegatten aus der Gesellschaft.
In Abweichung von den Grundsätzen zur fehlerhaften Gesellschaft erhält der Ehegatte aber auch hier nicht lediglich ein Auseinandersetzungs- oder Abfindungsguthaben, sondern einen Anspruch auf Herausgabe seiner Einlage, wenn auch "belastet" mit dem auf ihn entfallenden Verlustanteil bzw. gegen Zahlung dieser Verlustquote (1). Den Interessen des geschützten Ehegatten ist hierdurch in hinreichendem Masse Rechnung getragen.
In gleicher Weise sind die Folgen eines zustimmungsbedürftigen, aber nicht konsentierten Rechtsgeschäfts über den Geschäftsanteil im ganzen auf die Zukunft zu beschränken. Eine der Vinkulierung des § 1365 BGB unterfallende Vereinbarung über die Vermögensansprüche, insbesondere Absprachen über die Gewinnbeteiligung des Ehegatten sowie über die Auseinandersetzung sind mit sofortiger Wirkung durch die alte, mangels einer solchen durch eine angemessene Regelung zu ersetzen (2).

Fortsetzung der Anm. 3 auf Seite 195:
nach dem hypothetischen Willen der Beteiligten (§ 139 BGB). Sieht der Gesellschaftsvertrag vor, dass die Gesellschaft auch bei Ausscheiden eines Beteiligten unter den übrigen fortbestehen soll (§ 138 HGB), so mag dies ein gewisses Indiz dafür sein, dass die übrigen Gesellschafter auch bei Ausfall eines von ihnen gebunden sein wollen, vergl. Hueck AcP Bd. 29 n.F./ 1o;
a.A.: Erman, a.a.O., S. 34/35. Führt hier aber die Geltendmachung der Nichtigkeit der Beteiligung des Ehegatten zur Rückgabe seiner Einlage, dann wird sich ein dahingehender hypothetischer Wille der Mitgesellschafter kaum feststellen lassen.
(1) Anders Wiedemann a.a.O., § 1o II 2 b, S. 264, der dem Ehegatten nur einen angemessenen Abfindungsanspruch geben will.
(2) Gessler HGB, § 1o5 Rdnr. 62; Wiedemann a.a.O., S. 263,

Soweit die Rückabwicklung eines Gesamtvermögensgeschäfts über die Beteiligung weder die Interessen der Gesellschaftsgläubiger berührt noch in Widerspruch zu den bestimmenden Wesenszügen des Gesellschaftsvertrages tritt, steht einer unbeschränkten Anwendung der allgemeinen Nichtigkeitsordnung nichts im Wege. Das kann etwa gelten für die Abtretung der Vermögensansprüche an einen ausserhalb der Gesellschaft stehenden Dritten, der hiermit keinerlei Einflussrechte auf die Gesellschaft gewinnt. Anders ist hingegen wieder zu entscheiden bei der Veräusserung des Geschäftsanteils an einen der Gesellschaft Beitretenden, wobei es gleichgültig ist, ob sich der Beitritt im Einzelfall durch einen Aufnahmevertrag oder unmittelbar mit der Abtretung der Beteiligung vollzieht. Mit dem personenrechtlichen Charakter des Gesellschaftsvertrages wäre es unvereinbar, könnte der zustimmungsberechtigte Ehegatte verlangen, dass die Mitgliedschaft des anderen Ehegatten in einer Weise wiederhergestellt wird, als sei der Austritt nie erfolgt. Auch hier müssen die Nichtigkeitsfolgen auf die Zukunft beschränkt bleiben.
Ebenso kann der mitwirkungsberechtigte Ehegatte im Falle des unwirksamen Ausscheidens des anderen Ehegatten nur fordern, dass mit Wirkung ex nunc die Mitgliedschaft gegen Einbringung des empfangenen Abfindungsguthabens wiedereingerichtet wird (1).

Gegen die Abänderung der Gesellschafterbeziehungen für die Zukunft können sich die Mitgesellschafter des Ehe-

(1) Hierzu Schlegelberger-Gessler, § 1o5 Anm. 62 o; Fischer NJW 1955/851; Wiedemann a.a.O., § 3 II 2 c, S. 7o fordert auch hier in weiter Analogie zu § 133 HGB für die Geltendmachung der Nichtigkeit die Klageform.

gatten hingegen nicht wenden. Denn es ist ein Wesensmerkmal der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft, dass sie den hypothetischen Willen der Beteiligten weitgehend ausser Acht lässt und an die Stelle der allgemeinen eine den sachlichen Eigenarten des Gesellschaftsverhältnisses gerechterwerdende Nichtigkeitsordnung setzt. Der hoheitliche Eingriff in die privatrechtlichen Beziehungen der Gesellschafter gestattet es denn auch, unter konstruktiver Aufrechterhaltung des Gesellschaftsverhältnisses einzelne vertragliche Vereinbarungen durch die gesetzliche oder eine anderweitige, dem Zweck der die Fehlerhaftigkeit bestimmenden Norm gerechterwerdende Anordnung zu ersetzen (1).

---

(1) Erman a.a.O., S. 39; Fischer NJW 1958/969 ff; vergl. auch Buchwald GmbHRdschau 1954/148; § 139 BGB gilt insoweit als ausgeschlossen.

L e b e n s l a u f

Am 27. September 1939 wurde ich als drittes von fünf Kindern des Landwirts Hans-Joachim Gaedicke und seiner Ehefrau Gerda, geborene Schmidt, in Berlinchen, Kreis Soldin geboren.

Nach der Volksschule besuchte ich ab September 1949 die Oberrealschule Marquartstein, von 1954 bis 1956 die Oberrealschule Erding und ab Herbst 1956 die Gisela-Oberrealschule in München. Hier legte ich im Juni 1959 das Abitur ab.

Im Oktober 1959 immatrikulierte ich mich an der juristischen Fakultät der Universität München. Das vierte, fünfte und sechste Fachsemester studierte ich an der Universität Würzburg. Nach Abschluss des achten Semesters an der Universität München legte ich am 24. Januar 1964 die erste juristische Staatsprüfung ab.

Seit dem März 1964 bin ich als Rechtsreferendar im Oberlandesgerichtsbezirk München tätig.